

### Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie: eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Dialog mit der Medienwirtschaft; Ergebnisse

Schulz, Wolfgang

Veröffentlichungsversion / Published Version  
Arbeitspapier / working paper

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Schulz, W. (2010). *Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie: eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Dialog mit der Medienwirtschaft; Ergebnisse*. (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts, 21). Hamburg: Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI). <https://doi.org/10.21241/ssoar.72044>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more Information see:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



**HANS-BREDOW-INSTITUT**

für Medienforschung an der Universität Hamburg

*Wolfgang Schulz / Thomas Büchner*

## ***Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie***

*Eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt  
im Dialog mit der Medienwirtschaft*

*Ergebnisse*

***Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 21***

Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 21

Wolfgang Schulz / Thomas Büchner: Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie. Eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Dialog mit der Medienwirtschaft. Ergebnisse. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, Dezember 2010.

DOI: <https://doi.org/10.21241/ssoar.72044>.

ISSN 1435-9413

ISBN 978-3-87296-114-3

Die Hefte der Schriftenreihe „Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Institut“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts unter der Adresse <http://hbi.to/957>.

Ein Ausdruck des Heftes ist gegen eine Schutzgebühr direkt beim Verlag erhältlich.

Schutzgebühr: 10,00 EUR

Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg

Verlag

Heimhuder Str. 21

D-20148 Hamburg

Tel.: (+49 40) 450 217-12

Fax: (+49 40) 450 217-77

E-Mail: [info@hans-bredow-institut.de](mailto:info@hans-bredow-institut.de)

# INHALT

<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>5</b>
I.    Das Konzept der Innovationswerkstatt .....	5
II.   Leistungsschutz für Content-Anbieter.....	5
III.  Rechtsdurchsetzung im Internet .....	6
<b>Einleitung.....</b>	<b>9</b>
I.    Mitwirkende der Innovationswerkstatt.....	9
II.   Die Innovationswerkstatt .....	9
<b>Leistungsschutzrecht für Content-Anbieter .....</b>	<b>11</b>
I.    Der erste Workshop.....	11
II.   Leistungsschutzrecht für Presseverleger.....	12
1. Faktenlage.....	12
a) Trend zur Nutzung von Online-Nachrichten.....	12
b) Online-Angebote der Verlage .....	12
c) Aggregatoren leiten Aufmerksamkeit zu Verlagsangeboten .....	13
d) Verluste der Content-Anbieter .....	15
2. Betroffene Erlös- und Geschäftsmodelle .....	16
a) Nachrichtenaggregation .....	16
b) Sonstige gewerbliche Nutzung .....	17
3. Das geltende Recht .....	17
a) Verfassungsrechtlicher Hintergrund.....	17
b) Geltendes Recht und potenzielle Schutzlücken.....	18
4. Optionen.....	20
a) Kriterien für die Bewertung der Optionen.....	20
b) Rechtsvergleichung als Vorbild?.....	20
c) Einführung eines Leistungsschutzrechts .....	23
d) Neuer Tatbestand im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb .....	28
e) Absenkung der Anforderungen an die Schöpfungshöhe .....	28
III.  Modifizierung des Leistungsschutzrechts der Sendeunternehmen.....	28
IV.   Fazit.....	30
Anhang I:  Überblick über die erörterten Optionen .....	32
Anhang II: Überblick über Stellungnahmen .....	33
<b>Rechtsdurchsetzung.....</b>	<b>35</b>
I.    Der zweite Workshop .....	35
II.   Faktenlage.....	35
1. Daten.....	36
2. Branchenspezifische Differenzierung .....	39

III.	Betroffene Dienste, Erlös- und Geschäftsmodelle .....	39
1.	Überblick .....	39
2.	Filesharing.....	40
3.	Streaming .....	40
IV.	Urheberrechtsdurchsetzung im Spannungsfeld von sozialen Normen und Recht .....	42
V.	Das geltende Recht .....	44
1.	Verfassungsrechtlicher Hintergrund .....	44
a)	Eigentumsrecht der Urheber.....	44
b)	Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	44
2.	Überblick über die einfachgesetzliche Rechtslage .....	45
a)	Zivilrechtliche Ansprüche des Rechtsinhabers .....	45
b)	Providerhaftung .....	45
c)	Strafrechtliche Sanktionen .....	46
3.	Potenzielle Schutzlücken.....	46
a)	Nachweis .....	46
b)	Abmahnkosten.....	47
c)	Rechtsverletzung bei Streaming .....	47
d)	Unklare Normtexte.....	47
VI.	Optionen.....	48
1.	Verhältnis Rechteinhaber – Nutzer .....	48
a)	Verhinderung von Rechtsverletzungen durch technische Maßnahmen.....	48
b)	Kontrolle und Sanktion.....	49
c)	Anpassung sozialer Normen an die geltende Rechtslage .....	51
d)	Anpassung des Rechts an die Realität .....	52
2.	Verhältnis Rechteinhaber – Ersteller / Verbreiter illegaler Inhalte.....	54
3.	Verhältnis Rechteinhaber – Provider .....	54
a)	Verhinderung von Rechtsverletzungen.....	55
b)	Kontrolle und Sanktion.....	55
VII.	Fazit.....	56
Anhang III:	Überblick über aktuelle Studien .....	60

# ZUSAMMENFASSUNG

## I. DAS KONZEPT DER INNOVATIONSWERKSTATT

Die Innovationswerkstatt basiert auf einer Idee, die auf dem **Internationalen Mediendialog Hamburg 2009** des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg entstanden ist: aus der Wissenschaft Impulse zur Weiterentwicklung des Urheberrechts zu geben. Die Hamburger Behörde für Kultur und Medien hatte sich diese Überlegungen aufgreifend entschieden, eine Innovationswerkstatt in Auftrag zu geben und zu fördern.

Beteiligt war die Universität Hamburg, das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, die Bucerius Law School und – als Trägerorganisation – das Hans-Bredow-Institut für Medienforschung. Ergänzt wurde das Team durch einen internationalen Beraterkreis von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern aus Haifa/New York, Wien, Utrecht, Glasgow und Brisbane.

Die Arbeit erfolgte bei jedem Thema in mehreren Phasen, zunächst einem Workshop mit rein **wissenschaftsinternem Brainstorming**, dann einem **Expertenworkshop**, auf dem die beteiligten Wirtschaftsbereiche und die Vertreter der Kreativen die Möglichkeit erhielten, ihre Standpunkte deutlich zu machen und mit den Mitwirkenden der Innovationswerkstatt über Lösungswege zu diskutieren..

Das Konzept greift viele bekannte Elemente auf, vor allem aber die **Interdisziplinarität** und der Wechsel zwischen wissenschaftlicher Diskussion und externem Experten-Input unterscheidet diese Handlungsform von anderen Aktivitäten in diesem Bereich. Es geht nicht darum, über umfangreiche wissenschaftliche Publikationen das Thema voran zu bringen. Auch war es nicht das Ziel, jeweils eine geeignete Lösung zu unterbreiten, sondern fokussiert wurde auf die **Bewertung von Handlungsoptionen**. Der Politik sollen Entscheidungen erleichtert werden, indem Vor- und Nachteile unterschiedlicher Handlungsoptionen transparenter werden.

Für die Bearbeitung wurden zwei aktuelle Themen ausgewählt, nämlich einmal das eher engere Thema eines angemessenen Schutzes von Content-Anbietern, insbesondere die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Leistungen von Presseverlagen stärker gegen Ausbeutung im Online-, aber auch im Offline-Bereich geschützt werden können. Zum anderen ging es um Fragen der Rechtsdurchsetzung im Internet, ein Problem, über das schon lange international mit unterschiedlichen Lösungsansätzen debattiert wird.

## II. LEISTUNGSSCHUTZ FÜR CONTENT-ANBIETER

Die Frage zielt hier vor allem darauf, ob und inwieweit insbesondere Presseverlagen ein zusätzliches Recht an die Hand gegeben werden sollte, mit dem sie etwa die unautorisierte ausschnittsweise Wiedergabe der Inhalte von Verlagsprodukten in Angeboten wie **GoogleNews** – aber auch andere kommerziell motivierte Nutzungen – unterbinden können.

Die Analyse der Ausgangslage ergibt jedenfalls, dass – ungeachtet des Umstandes, dass einige Verlage im Online-Bereich mit nicht-**journalistisch-redaktionellen Inhalten** erfolgreich sind – sich die letztgenannten selbst grundsätzlich noch **nicht rechnen** (woran dies liegt, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht entschieden werden). Eindeutig ist zudem, dass journalistisch-redaktionelle Anbieter von Aggregatoren wie GoogleNews profitieren, indem ihnen „Nutzer zugeführt werden“; auf der anderen Seite ist nicht auszuschließen, dass auch Nutzer verloren gehen, da ihr Informationsbedürfnis mit der Lektüre der kurzen Textauschnitte befriedigt wird. Letzteres ist schwer zu quantifizieren, so dass die Faktenlage insofern unklar ist und Spielraum für politische Einschätzung besteht.

**Wissenschaftlich gesehen besteht kein Handlungsbedarf, durchaus aber Handlungsmöglichkeiten**, wenn der Gesetzgeber dies für sinnvoll erachtet. Ausländische Modelle können kaum herangezogen werden; in Ländern, in denen es Leistungsschutzrechte für die Presse gibt, lösen sie das oben genannte Problem nicht. Ein am **Recht des Datenbankherstellers** gemäß § 87b Urhebergesetz **orientiertes neu zu schaffendes Leistungsschutzrecht** erscheint der Analyse zufolge als die Option mit den größten Vorzügen. Während bei ersterem die Investition in die Erstellung einer Datenbank geschützt wird, könnte sich bei dem zu schaffenden Recht die journalistisch-redaktionelle Selektionsleistung des Verlages als Leistung definiert werden. Wie bei Datenbanken sollte eine gewisse Investitionshöhe zur Voraussetzung gemacht werden und schließlich eine wiederholte und systematische Verwertung Voraussetzung für eine Verletzung des Rechtes sein. Nichtsdestotrotz ist auf den Nachteil hinzuweisen, dass – wenn das Recht so „zugeschnitten“ wird, dass auch die kleinen Snippets von GoogleNews erfasst werden –, eine „**Monopolisierung**“ dieser kleinen Spracheinheiten die Folge ist. Einige Experten raten deswegen von einem neuen Leistungsschutzrecht ab.

Die Diskussion in der Innovationswerkstatt über dieses Thema machte darüber hinaus deutlich, dass die **Absicherung der institutionellen Voraussetzungen journalistisch-redaktioneller Arbeit** bei richtiger Fortschreibung des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten „Instituts freier Presse“ eine verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe des Gesetzgebers darstellt. Auch ganz unabhängig von der Frage des Leistungsschutzrechtes bedarf dies weiterer wissenschaftlicher und politischer Anstrengungen (etwa eine genaue Bestimmung notleidender Bereiche, eine Prüfung der rechtlich möglichen auch indirekten Fördermöglichkeiten sowie die Unterstützung neuer Geschäftsmodelle).

### III. RECHTSDURCHSETZUNG IM INTERNET

Angeichts umfangreicher Detailanalysen, die es für diesen Bereich bereits gibt, und der Vernetzung mit anderen Problematiken wie etwa den Regelungen zur Haftung unterschiedlicher Internet-Provider, konnte es in diesem Themenfeld nicht Aufgabe der Innovationswerkstatt sein, Einzelprobleme zu bearbeiten. Ein Erkenntnisgewinn ist daher vor allem, dass die **Entgegensetzung unterschiedlicher Gesamtlösungen** für diesen Bereich – mehr Rechte für die Nutzer auf der einen Seite, verstärkte Maßnahmen zur Aufdeckung und Sanktionierung von Rechtsverstößen auf der anderen – **nur begrenzt produktiv** erscheint. Die Diskussion in der Werkstatt ging nicht von einem alle Bereiche betreffenden, grundlegenden Wandel der Werk-

produktion aus, wohl aber Veränderungsdruck, den insbesondere internetbasierte Schöpfungen und Nutzen hervorrufen.

Als weiterführend hat sich eine Betrachtung ergeben, die für unterschiedliche Plattformen (etwa Filesharing oder Streaming) und für unterschiedliche Werktypen und Nutzungsformen nach einer angemessenen Weiterentwicklung des Rechtsrahmens fragt. Für bestimmte Bereiche kann die Lösung darin bestehen, die Anstrengungen im Hinblick auf eine technische Lösung (etwa die technische Markierung von Inhalten und das **technische Herausfiltern** aus dem illegalen Datenverkehr) zu intensivieren, für andere Bereiche kann berechtigt diskutiert werden, ob nicht die **Möglichkeiten legaler Nutzung** auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers **ausgeweitet und der Nutzer gestärkt werden** können, für wieder andere mag sich anbieten, eher **edukatorisch** zu wirken und etwa durch von den Internet Providern zu versendende „Warnungen“ die Nutzerinnen und Nutzer auf Verstöße aufmerksam zu machen und darüber hinaus durch Urheberrechtspädagogische Maßnahmen das Bewusstsein für „geistiges Eigentum“ zu schärfen. Schließlich kann es Bereiche geben, bei denen über eine Optimierung der Überwachung und auch **neue Sanktionsformen** nachgedacht werden sollte, wobei offenbar auch in der deutschen Wirtschaft – anders als in Großbritannien – ein Abklemmen von Nutzern, die Rechtsverstöße begehen, von ihrem Internetzugang (Stichwort: „Three Strikes Out“) wenig Befürworter findet; was angesichts der verfassungsrechtlichen Implikationen die Diskussion in Deutschland erleichtert. Man kann dies eine modulare Lösung nennen; im Ausland wird auch von einem **taylormade Copyright** – einem „maßgeschneiderten Urheberrecht“ – gesprochen.

Überall dort, wo etwa Filtermaßnahmen oder der Versand von Warnungen an Nutzerinnen und Nutzer die Kooperation von Internet-Service-Providern (ISP) voraussetzt, ist grundsätzlich neben einer gesetzgeberischen Regelung eine freiwillige Vereinbarung zwischen der „Content-Wirtschaft“ und den ISPs denkbar. Die bereits lang andauernden offenbar bislang nicht sehr erfolgreichen Gespräche bestätigen aber den regulierungstheoretisch plausiblen Befund, dass es schwierig sein wird, alle Provider in eine Vereinbarung einzubeziehen, was allerdings eine Voraussetzung für eine erfolgreiche Regelung wäre. Eine **staatliche Moderation** und gegebenenfalls rechtliche Rahmensetzung (Stichwort „Ko-Regulierung“) könnte hilfreich sein, um zu einem Ergebnis zu kommen.

Insgesamt zeigt sich an den zwei Beispielen, dass das Urheberrecht bereichsbezogener Anpassung Anpassungen bedarf, um den kreativen Potentialen unter den Bedingungen der informationstechnischen Vernetzung einen optimalen Rahmen zu geben. Beim Schutz der Content Anbieter hat sich die Diskussion um ein gesamtgesellschaftlich berechtigtes Anliegen (Erhalt journalistisch-redaktioneller Leistungen) früh auf eine Option (Leistungsschutzrecht ja/nein) verengt. Auch die Diskussion um Rechtsdurchsetzung ist eher reaktiv. Es fehlt an einer neutralen Plattform, auf der die hier und an anderer Stelle erarbeiteten Ansätze weiter gedacht werden können. Ob die Bundestages Enquete „Internet und Digitale Gesellschaft“ diese Rolle erfüllen kann, muss sich zeigen.





# EINLEITUNG

## I. MITWIRKENDE DER INNOVATIONSWERKSTATT

### *Hamburger Mitwirkende*

- Prof. Dr. Michel Clement, Universität Hamburg
- Dr. Christian Heinze, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
- Prof. Dr. Thomas Hengartner, Universität Hamburg
- Prof. Dr. Gabriele Klein, Universität Hamburg
- RA Dr. Till Kreutzer, Hans-Bredow-Institut / i.e. – Büro für informationsrechtliche Expertise, Hamburg
- Dr. Kristoff Ritlewski, Bucerius Law School
- Dr. Wolfgang Schulz, Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg
- Prof. Dr. Insa Sjurts, Universität Hamburg / Hamburg Media School

### *Internationaler Beraterkreis*

- Prof. Dr. Niva Elkin-Koren, University of Haifa / New York University School of Law
- Univ.-Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M. (Virginia), Wirtschaftsuniversität Wien
- Prof. Dr. Frederik Willem Grosheide, Universität Utrecht
- Prof. Dr. Ian J Lloyd, University of Strathclyde, Glasgow
- Prof. Dr. Sylvia Kierkegaard, University of Southampton / Communication University of China (Beijing)
- Prof. Brian Fitzgerald, Queensland University of Technology, Brisbane

Die im Folgenden dargestellten Ergebnisse basieren ganz entscheidend auf der Arbeit der Mitwirkenden, denen an dieser Stelle herzlicher Dank gebührt. Dies Analysepapier ist allerdings – dem Konzept der Werkstatt entsprechend - kein Ergebnis eines Konsenses der Gruppe, sondern Schlussfolgerungen der Autoren auf der Basis der gemeinsamen Arbeit.

## II. DIE INNOVATIONSWERKSTATT

Die Anpassung des Urheberrechts an die Bedingungen der Netzökonomie ist nicht allein von politischer Durchsetzung abhängig, sie setzt konzeptionelle Überlegungen voraus, und zwar in vielen Bereichen von recht grundsätzlicher Natur. Wiederholte gesetzgeberische Anpassungen des Urheberrechts an neue technische und wirtschaftliche Bedingungen und Gerichtsverfahren, die Geschäftsmodelle wie das der Musikwirtschaft, die Bildersuche im Internet oder den Umgang mit vormals unbekannten Arten der Nutzung solcher Inhalte zum Gegen-

stand haben, verweisen immer häufiger auf die Grenzen der traditionellen rechtlichen Konstruktionen. Sie bieten Anlass – jenseits der notwendigen konkreten Diskussion um neue „Körbe“ der Urheberrechtsreform – über das Konzept „geistiges Eigentum“ an sich nachzudenken.

Zu diesem Zweck ging die Innovationswerkstatt „Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie“, die sich aus Hamburger Wissenschaftlern aus den Bereichen der Rechtswissenschaft, der Ökonomie sowie der Kommunikations- und Kulturwissenschaft zusammensetzte und um externe Expertise aus einem internationalen Beraterkreis ergänzt wurde, der Frage nach, wie das Urheberrecht fortentwickelt werden kann, um die Potenziale der Kreativwirtschaft und der Gesellschaft besser ausschöpfen zu können. Ziel des Projektes war es, Optionen zu erarbeiten und zu bewerten, die der Politik – auf Ebenen des Landes, des Bundes und der EU – helfen, diese grundlegenden Fragen zu beantworten.

Die Innovationswerkstatt wurde vom Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg organisiert und von der Hamburger Behörde für Kultur und Medien in Auftrag gegeben und gefördert.

Jeder Workshop widmete sich einer anderen Thematik und bestand aus zwei Veranstaltungen: Zuerst wurden während Expertenworkshops in einem Kreis der Mitwirkenden der Innovationswerkstatt die Probleme diskutiert und Lösungsmodelle erarbeitet. Daran schlossen sich jeweils Praxisworkshops an, auf denen diese Modelle mit Praktikern aus den betroffenen Branchen erörtert und auf ihre Tauglichkeit geprüft wurden.

Die Kernergebnisse dieser internen Diskussionen wurden sodann dem internationalen Beraterkreis übermittelt. Die ausländischen Experten bereicherten die Erkenntnisse aus den Workshops in Form von Hinweisen auf eigene Forschungsansätze, Papieren und Analysen aus ihrem Rechts- und Kulturkreis zu den jeweiligen Fragestellungen sowie affirmative Bemerkungen zu den in den Workshops entwickelten Optionen. In einem 1. Analysepapier<sup>1</sup> wurden zahlreiche aktuelle Probleme der Netzökonomie im Bereich des Urheberrechts aufgezeigt, die die Innovationswerkstatt gesammelt, bewertet und priorisiert hat. Ausgewählt für die weitere Befassung wurden solche, bei denen eine interdisziplinäre Diskussion neue Einschätzungen versprach, die für eine Befassung hinreichend abgrenzbar erschienen und genügend praktische Relevanz auch für die wirtschaftlichen Akteure möglichst nicht nur einer speziellen Branche besitzen.

---

1 Schulz/Büchner, Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie. Eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Dialog mit der Medienwirtschaft, Januar 2010 (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 20), abrufbar unter [http://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/462](http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/462).

# LEISTUNGSSCHUTZRECHT FÜR CONTENT-ANBIETER

## I. DER ERSTE WORKSHOP

Der erste Workshop befasste sich mit der Frage eines Leistungsschutzrechts für Content-Anbieter. Während eines Expertenworkshops am 3. März 2010 analysierten die Hamburger Wissenschaftler die Erforderlichkeit eines Leistungsschutzrechts und erarbeiteten verschiedene Optionen; die Thematik wurde sodann auf einem Praxisworkshop am 19. März 2010 in Hamburg mit Vertretern betroffener Branchen, insbesondere Verlegern, Autoren, Suchmaschinenbetreibern und Rundfunkveranstaltern diskutiert. Die Medienwirtschaft lieferte dabei wertvolle Hinweise und Anmerkungen, die in die in diesem Analysepapier vorgeschlagenen Optionen einfließen. Die Problematik eines Leistungsschutzrechts wird derzeit in der allgemeinen Diskussion und im Schrifttum vor allem im Hinblick auf verlegerische Leistungen erörtert (dazu unter II). Die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht für Verleger wird bereits seit einiger Zeit diskutiert<sup>2</sup>. Neue Dynamik erfuhr die Thematik mit der am 8. Juni 2009 in Hamburg vorgestellten Hamburger Erklärung zum Schutz geistigen Eigentums, in der die Verleger Gesetzesinitiativen zum Schutz der Urheber und Werkmittler fordern. Der Erklärung haben sich mittlerweile mehr als 350 europäische und außereuropäische Verlage angeschlossen. Die Forderung wurde auch im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP aufgegriffen. Dort heißt es: „Verlage sollen im Online-Bereich nicht schlechter gestellt sein als andere Werkvermittler. Wir streben deshalb die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage zur Verbesserung des Schutzes von Presseerzeugnissen im Internet an.“ Auch die Europäische Kommission zeigte sich für den Vorschlag aufgeschlossen<sup>3</sup>. Die Forderung hat zu einer intensiven Diskussion<sup>4</sup> und Polarisierung<sup>5</sup> geführt.

Eine recht ähnliche Problematik besteht in Bezug auf die Leistungen der Sendeunternehmen im Zusammenhang mit multifunktionalen Oberflächen, insbesondere auf Hybridfernsehgeräten (dazu unter III). Die Gerätehersteller bestimmen über die Gestaltung der Benutzeroberfläche und binden dabei neben Werbung und Internetsignalen auch Sendesignale ein. Sie nutzen dabei an Leistungen der Sendeunternehmen im Hinblick auf deren erzielte Zuschauerreichweite aus, um eigene Werbeeinnahmen zu generieren.

---

2 Aus der älteren Literatur etwa G. Schulze, ZUM 1989, 53, 63; Soetenhorst, GRUR Int. 1989, 760; Dietz, ZUM 1990, 54; Schack, ZUM 1990, 59, 60; Sieger, ZUM 1989, 172.

3 Vgl. MMR 10/2009, S. IX.

4 Aus dem jüngeren Schrifttum Frey, MMR 2010, 291; Schweizer, ZUM 2010, 7; Ehmann/Szilagyi, K&R Beihefter 2/2009, 1; Hegemann/Heine, AfP 2009, 201; umfassende Darstellung bei Kauert, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, Berlin 2008.

5 Beispielsweise Keese und Kreutzer, in: Medienwirtschaft 1/2010, 42.

## II. LEISTUNGSSCHUTZRECHT FÜR PRESSEVERLEGER

### 1. Faktenlage

Empirische Belege, die aus ökonomischer oder kommunikationswissenschaftlicher Sicht unmittelbar auf das Erfordernis eines eigenen Leistungsschutzrechts schließen lassen, sind nicht bekannt. Bei der Bewertung kann daher nur auf Plausibilitäten zurückgegriffen werden.

#### *a) Trend zur Nutzung von Online-Nachrichten*

Tendenziell ist eine rückläufige Pressennutzung zu beobachten. Die Zeitungen erleben seit einigen Jahren insbesondere in den jüngeren Altersgruppen einen kontinuierlichen Rückgang ihrer Reichweiten. In der Altersgruppe der 14- bis 19-Jährigen sank die tägliche Reichweite der Tageszeitungen von 1996 bis 2009 von 60,1 auf 45,1 Prozent<sup>6</sup>. Es ist ein genereller Trend erkennbar, dass Nachrichten vermehrt auf Onlineplattformen konsumiert werden. Den Ergebnissen einer aktuellen Studie zufolge ist der Anteil der Intensivleser von Tageszeitungen besonders unter den jungen, nachrichteninteressierten und interneterfahrenen Personen seit 2001 stark zurückgegangen und der der Intensivnutzer von Nachrichtensites im Internet dagegen stark angestiegen<sup>7</sup>. Mindestens 20 Prozent der Bevölkerung der OECD-Länder nutzen das Internet, um Nachrichten zu lesen; in manchen sind es mehr als die Hälfte, in Südkorea sogar bis zu 77 Prozent<sup>8</sup>.

Dies bedeutet zunächst nur einen Verlust für die gedruckte Presse. Neben der mangelnden Zahlungsbereitschaft im Netz haben auch die neuen Geschäftsmodelle der Verlage mit dem Problem zu kämpfen, dass andere Akteure wie eben Google in der „Aufmerksamkeitskette“ vorgelagert agieren: Die Nutzer beginnen ihren Nachrichtenkonsum im Internet häufig auf deren Portalen. Begnügen sie sich mit den dort zur Verfügung stehenden, aber durch die Angebote der Verlage generierten Informationen, findet eine Weiterleitung zu den eigenen Angeboten der Verlage nicht mehr statt. Dadurch kann bereits an dieser vorgelagerten Stelle die durch die Verlage erzeugte Aufmerksamkeit abgegriffen und in eigene Werbeeinnahmen der Nachrichtenaggregatoren umgesetzt werden.

#### *b) Online-Angebote der Verlage*

Die Presse finanziert sich im Internet derzeit in erster Linie durch Werbung. Der dadurch generierte Umsatz hängt von der Anzahl an Seitenaufrufen (page impressions) ab. Andere Finanzierungsmodelle basieren auf einer Quersubventionierung der journalistischen Inhalte durch andere Angebote wie etwa E-Commerce. Paid content hat sich bislang aufgrund mangelnder Kundenakzeptanz bislang nicht durchgesetzt. Untersuchungen deuten indes darauf hin, dass die Bereitschaft, für Online-Nachrichten zu zahlen, zwar gering ist, aber wächst<sup>9</sup>.

Von der Möglichkeit, ihre Inhalte für die Crawler der Suchmaschinen zu sperren, machen die Verlage weitgehend keinen Gebrauch. Sie wollen vielmehr, dass über die Suchdienste

---

6 Media Analyse, BDZV; vgl. <http://www.bdzv.de> (zuletzt aufgerufen am 3.3.2010).

7 Kolo, Castulus / Meyer-Lucht, Robin (2007): Erosion der Intensivleserschaft. Eine Zeitreihenanalyse zum Konkurrenzverhältnis von Tageszeitungen und Nachrichtensites, in: Medien & Kommunikationswissenschaft, Jg. 55, Nr. 4, S. 513 ff.

8 OECD, The Evolution of News and the Internet, 2010, S. 43 f.

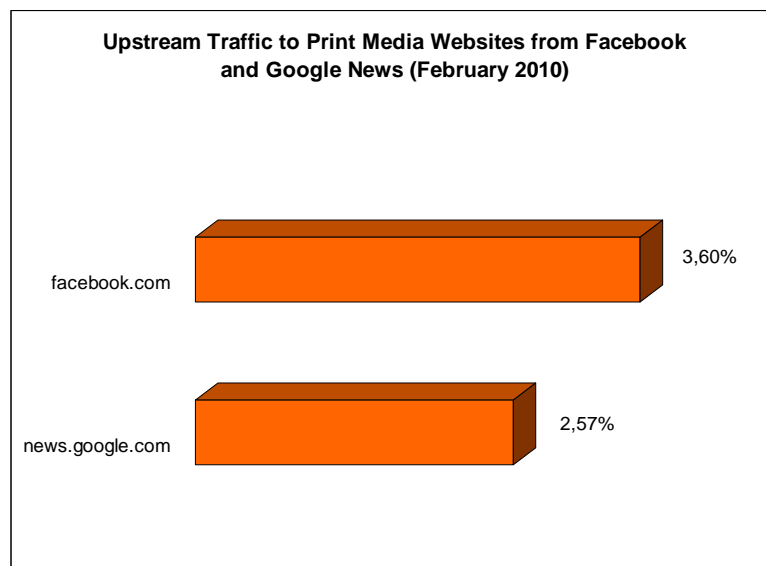
9 OECD, The Evolution of News and the Internet, 2010, S. 44.

Nutzer den Weg auf ihre Seiten finden, um eine hohe Anzahl an page impressions aufzuweisen. Vereinzelt werden kostenpflichtige Verlagsangebote sogar derart ausgestaltet, dass sie dennoch von den Suchmaschinen erfasst werden. Der Nutzer erhält somit durch die Nutzung einer Suchmaschine kostenfreien Zugang zu den bei sofortigem Aufruf der Seite kostenpflichtigen Inhalten.

*c) Aggregatoren leiten Aufmerksamkeit zu Verlagsangeboten*

Monatlich werden in den USA (hier lagen die besten Daten vor, in Deutschland ist Google eher noch stärker) etwa vier Milliarden Klicks von Google aus zu Nachrichtenseiten geleitet. Google News ist derzeit verantwortlich für etwa 2 bis 3 Prozent aller Besucher von Internetseiten der Presseverlage<sup>10</sup>.

*Abb. 1: Von Google News im Vergleich zu Facebook generierter Traffic auf Webseiten der Presseverlage*

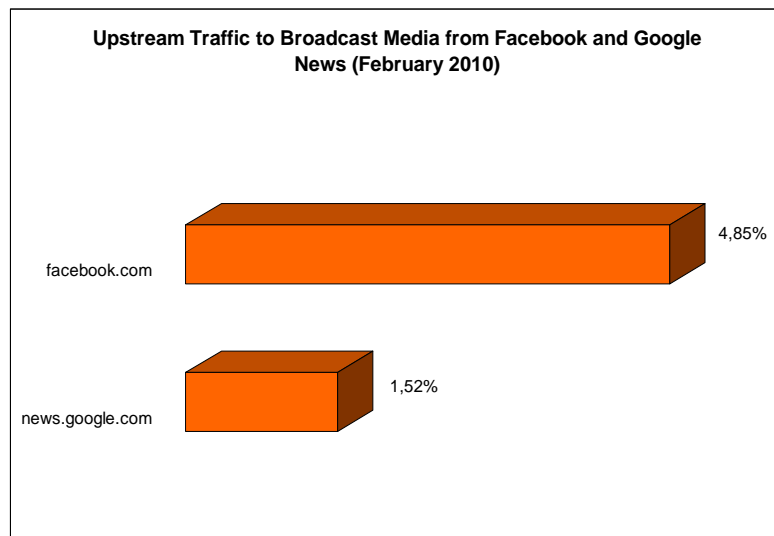


Quelle: <http://www.hitwise.com/us/products-and-services/competitive-intelligence/features/clickstream/>

Dabei lässt sich feststellen, dass Google News für weniger Traffic auf Webseiten der Rundfunkveranstalter verantwortlich ist (1,52 Prozent) als auf Seiten der Presseunternehmen (2,57 Prozent).

<sup>10</sup> Quelle: Hitwise, 1. März 2010.

Abb. 2: Von Google News im Vergleich zu Facebook generierter Traffic auf Webseiten der Rundfunkunternehmen



Quelle: Experian Hitwise, <http://www.hitwise.com/us/products-and-services/competitive-intelligence/features/clickstream/>

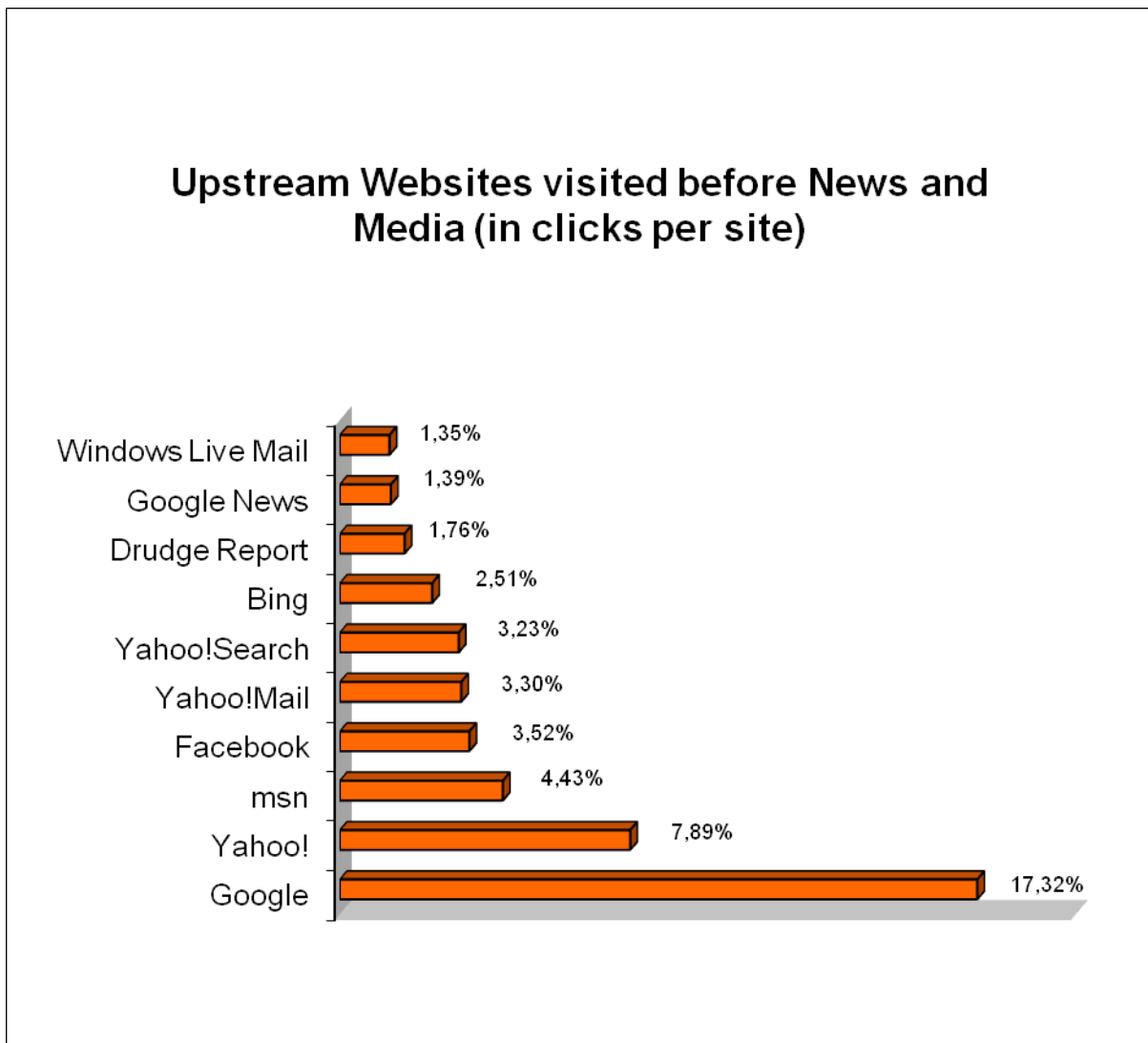
Auffällig ist weiterhin, dass der weitaus größere Teil des Traffics jedoch von der allgemeinen Google-Suche generiert wird<sup>11</sup>. Einer aktuellen OECD-Studie zufolge sind Suchmaschinen für ca. 25 bis 35 Prozent des Traffics auf Nachrichtenseiten in Großbritannien verantwortlich<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Quelle: Hitwise, März 2010.

<sup>12</sup> OECD, The Evolution of News and the Internet, 2010, S. 49.

Abb. 3: Websites, die für Traffic auf den Seiten aus dem Bereich Nachrichten und Medien verantwortlich sind



Quelle: <http://www.hitwise.com/us/products-and-services/competitive-intelligence/features/clickstream/>

Dadurch wird für die Verlagsangebote Aufmerksamkeit erzeugt, die sie nutzen können, um eigene Werbung zu schalten oder Paid Content anzubieten.

Bei der Datenbewertung ist freilich zu berücksichtigen, dass aus der Anzahl der Klicks noch keine Erkenntnisse darüber abgeleitet werden können, auf welche Art und Weise die aufgerufene Seite genutzt wird. So ist es wahrscheinlich, dass sich einige Nutzer nur einen kurzen Überblick über die Inhalte verschaffen, ohne länger auf den Seiten zu verweilen.

#### d) Verluste der Content-Anbieter

Wie oben angedeutet, sind Verluste der Verlage schwer zu belegen. Eine aktuelle Umfrage kommt zu dem Ergebnis, dass 44 Prozent der Nutzer von Google News in den USA mit den



dort dargestellten Headlines zufrieden sind und daher nicht weiter auf eine Seite des verlinkten Content-Anbieters wechseln<sup>13</sup>.

Wie bei allen Fragen dieser Art ist es allerdings schwer zu bestimmen, wie viel Nutzung den Content-Anbietern dadurch tatsächlich verloren geht. Eine Kausalität zwischen den Gewinnen der Aggregatoren und den Einbußen der Verlage ist jedenfalls nicht nachweisbar. Nicht jeder Nutzer der News-Suche, der nicht weiter auf eine Seite des verlinkten Verlages wechselt, hätte ohne diese die Verlagsseite aufgesucht. Dass es Verluste gibt, ist aber zumindest plausibel. Sofern die Headlines und sinnvolle Textteile dargestellt werden, kann – wie bei einem Kiosk-Leser eine minimales Informationsbedürfnis befriedigt werden.

## 2. Betroffene Erlös- und Geschäftsmodelle

### a) *Nachrichtenaggregation*

#### (1) Snippets

Die aktuelle Diskussion bezieht sich in erster Linie auf Nachrichtenaggregatoren wie Google News. Auf diesen Internetplattformen werden in Form von Snippets, also kleinen Textauszügen, die Inhalte der jeweiligen Artikel aus unterschiedlichen Nachrichtenquellen, also auch aus den Internetangeboten der Verlage, zusammengestellt. Die Snippets werden mit den Quellseiten verlinkt, so dass der Nutzer mit einem Klick auf den jeweiligen Originalbeitrag gelangen kann. Die Suchmaschinen durchsuchen und analysieren dazu durch sogenannte Webcrawler regelmäßig und systematisch bestimmte im Internet vorhandene Nachrichtenquellen. Für die Auswahl der Nachrichtenquellen spielen im Einzelnen durch die Suchmaschinenbetreiber nicht näher bekannt gegebene Kriterien<sup>14</sup> wie die Regelmäßigkeit der Updates der Nachrichten, die Verwaltung durch eine Organisation und die technische Erreichbarkeit der Quelle sowie das Fehlen von Pornografie eine Rolle.

Die Verlage sehen es als problematisch an, dass ihre Inhalte verwendet werden, um Aufmerksamkeit auf Googles Internetplattform abzuleiten, ohne dass sie an den dadurch erzielten Erlösen wirtschaftlich beteiligt werden. Auf den Ergebnislisten der Google-News-Suche wird derzeit zwar keine Werbung geschaltet. Allerdings trägt die Nachrichtensuche zur Attraktivität der gesamten Plattform bei und leitet somit Nutzer auch den anderen, mit Werbebotschaften versehenen Funktionen zu. Daher werden mittelbar auch durch die News-Suche Erlöse unter Ausnutzung der Verlagsinhalte generiert. Zudem wird momentan ohnehin der größere Teil der Nutzer aufgrund der allgemeinen Suchfunktion, in deren Trefferlisten Werbung eingeblendet wird, zu den Seiten der Verlage geführt. Die Verlage bemängeln die Ausbreitung Googles in der gesamten Wertschöpfungskette. Die von Google erstellte Bannerwerbung schöpfe Werbeeinnahmen in den Bereichen ab, die bislang den Verlagen zukamen<sup>15</sup>.

Es ist zwar technisch möglich, die Internetseiten der Verlage für die Suchmaschinenindexierung zu blockieren. Die Sperre kann auch nur für die News- und nicht zugleich für die allgemeine Suche eingerichtet werden, so dass ein differenzierter Opt-out möglich wäre. Die

---

13 Outsell Research 2010.

14 Dies wirft neben der hier erörterten Problematik des Schutzes der Inhalte auch regulatorische Fragen auf. Denn anders als im Printbereich, in dem Vorschriften bestehen, die die Chancengleichheit der Distribution gewährleisten sollen, fehlt es hier an Transparenz.

15 Hegemann/Heine, AfP 2009, 201 (204).

Nicht-Indexierung ist für die Verlage indes kaum eine Option. Ihnen ginge der durch Google generierte Traffic mit den entsprechenden weit reichenden wirtschaftlichen Folgen verloren. Die Verlage unternehmen im Gegenteil große Anstrengungen, um eine gute Platzierung in der Trefferliste der Suchmaschinen zu erreichen.

## (2) Rip-offs

Weniger in der aktuellen Diskussion, aber dennoch als problematisch erachtet, werden außerdem sogenannte Rip-offs<sup>16</sup>. Davon ist die Rede, wenn aus einem Originalbeitrag ein derart großer Teil übernommen und nicht in eine eigenständige Arbeit eingebettet wird, dass die Grenze zum zulässigen Zitat überschritten ist. Eine ähnliche Problematik betrifft die Erstellung von Abstracts zu Feuilletonartikeln deutscher Zeitungen, die im Online-Magazin „Perlentaucher“ veröffentlicht bzw. von diesem lizenziert werden. Betroffene Zeitungsverleger haben bislang erfolglos versucht, das Geschäftsmodell gerichtlich verbieten zu lassen<sup>17</sup>.

## b) Sonstige gewerbliche Nutzung

Betroffen sind die Verlage weiterhin durch Kopienversand-, Recherche- und Informationsdienste sowie Pressespiegelhersteller, die ihr Geschäftsmodell ebenfalls auf den Leistungen der Presseverleger aufbauen. Auch wird der Aufbau digitaler Archive historischer Tageszeitungen als problematisch erachtet<sup>18</sup>.

Darüber hinaus stören sich die Verlage aber auch an sonstiger gewerblicher Nutzung ihrer Inhalte<sup>19</sup>. Während früher Unternehmen oft mehrere Tageszeiten abonniert hatten, aus denen sich die Mitarbeiter zu unternehmensspezifischen Fragestellungen informierten, erfolgt die Nachrichtenversorgung nunmehr vorwiegend über die kostenlosen Internetangebote der Verlage.

## 3. Das geltende Recht

### a) Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 5 Abs. 1 GG eine verfassungsrechtliche Institutsgarantie der freien Presse abgeleitet<sup>20</sup>. Die Institutsgarantie als Teil der objektiven Seite der Pressefreiheit verpflichtet den Staat – unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelner –, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen. Freie Gründung von Presseorganen, freier Zugang zu den Presseberufen, Auskunftspflichten der öffentlichen Behörden sind dem Gericht zufolge prinzipielle Folgerungen daraus<sup>21</sup>. Das Gericht knüpft diese Komponente explizit an die Funktion, die eine freie Presse für die Gesellschaft und die Demokratie hat.

<sup>16</sup> Hegemann/Heine, AfP 2009, 201 (204).

<sup>17</sup> OLG Frankfurt GRUR 2008, 249; LG Frankfurt/M. MMR 2007, 118; dazu Berger/Büchner, K&R 2007, 151. Die Revision ist beim Bundesgerichtshof anhängig.

<sup>18</sup> Vgl. Hegemann/Heine, AfP 2009, 201 (204).

<sup>19</sup> Keese, in: Medienwirtschaft 1/2010, S. 42 (44).

<sup>20</sup> BVerfG NJW 1969, 1161 (1162) – Blinkfüer; vgl. Mager, Einrichtungsgarantien, Tübingen 2003, S. 247 ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 20, 162 (174) – Spiegel.

Das Nachdenken in der Innovationswerkstatt hat zu der Überlegung geführt, das Institut der freien Presse zu reformulieren als Garantie der Existenz institutioneller Strukturen zur Finanzierung journalistisch-redaktioneller Leistungen, die für den gemäß Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung erforderlich sind. Insoweit geht es um den Schutz von elementaren Leistungen, allerdings nicht notwendig von persönlich-geistigen Schöpfungen. Dies führt dazu, die Institutsgarantie auch bei der Gestaltung der Urheberrechtsordnung zu beachten, gebietet aber auch darüber hinaus, die institutionelle Funktion journalistisch-redaktioneller Inhalteproduktion – bei Wahrung der Grundsatzes der Staatsfreiheit – zu unterstützen, wenn sie durch einen Wandel der Rahmenbedingungen erodiert wird.

Objekt und Inhalt der Garantie zu bestimmen, ist Aufgabe der Wissenschaft.

*b) Geltendes Recht und potenzielle Schutzlücken*

(1) Kein Schutz kleinster Werkteile

Die Verlage machen zunächst geltend, die Erstellung von Kurzzusammenfassungen der Artikel erfordere einen großen redaktionellen Aufwand. Die Übernahme von Werkteilen in Form der Snippets in den Ergebnislisten der Suchmaschinen stellt jedoch nur dann eine Urheberrechtsverletzung dar, wenn der übernommene Teil für sich genommen urheberrechtlich geschützt ist. Einfache Mitteilungen von Tagesneuigkeiten oder Nachrichten sind aber regelmäßig urheberrechtlich nicht geschützt<sup>22</sup>. Auch einzelne Worte sind grundsätzlich nicht schutzfähig<sup>23</sup>. Die Darstellung von Snippets stellt daher bislang nur in Ausnahmefällen eine dem Urheber zugewiesene Nutzungshandlung dar.

In diesem Zusammenhang ist freilich die europarechtliche Entwicklung im Blick zu behalten: Der Europäische Gerichtshof hat kürzlich in seinem Infopaq-Urteil entschieden, dass bestimmte einzelne Sätze oder sogar Satzteile des betreffenden Textes geschützt sein können, die dazu geeignet sind, dem Leser die Originalität einer Publikation wie etwa eines Zeitungsartikels zu vermitteln, indem sie ihm einen Bestandteil mitteilen, der als solcher Ausdruck der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers dieses Artikels ist<sup>24</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kleinste Textteile regelmäßig keinen urheberrechtlichen Schutz genießen.

(2) Zulässigkeit von Links

Das Setzen eines Deep-Links allein ist keine öffentliche Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG und damit urheberrechtlich zulässig<sup>25</sup>.

(3) Abgeleitete Autorenrechte

Eine Schutzlücke wird mit dem Argument bezweifelt, die Verlage verfügten bereits heute über Nutzungsrechte an den von ihnen verwerteten Werken, die sie sich von ihren Autoren einräumen lassen. Angestellte Journalisten räumen den Presseverlagen bereits aufgrund tarif-

---

22 Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., München 2008, § 2 Rn. 92; vgl. auch OGH ZUM-RD 2005, 14, 16 f.

23 Etwa OLG Hamburg ZUM 1998, 1041, 1042.

24 EuGH GRUR 2009, 1041, Rn. 47 – Infopaq.

25 BGH GRUR 2003, 958 – Paperboy.

vertraglicher Vorschriften im Regelfall umfassende und ausschließliche Nutzungsrechte ein<sup>26</sup>. Bei freien Journalisten hängt der Umfang der Rechtseinräumung weitgehend von einzelvertraglichen Regelungen ab, die die Verlage mit ihren Autoren vereinbaren. Fehlt eine Vereinbarung, erhalten die Zeitungsverleger nach § 38 Abs. 3 Satz 1 UrhG im Zweifel nur ein einfaches Nutzungsrecht, das sie nicht berechtigt, aus eigenem Recht gerichtlich gegen Urheberrechtsverletzungen vorzugehen.

Eine Schutzlücke sehen die Verlage darin, dass es einen unzumutbaren Aufwand erfordere, den Erwerb der Nutzungsrechte von den zahlreichen Autoren zu dokumentieren und im Verletzungsprozess die Aktivlegitimation nachzuweisen<sup>27</sup>. Insoweit unterscheidet sich ihre Situation maßgeblich von derjenigen der Buchverleger, die Nutzungsrechtsvereinbarungen jeweils nur mit einem oder wenigen Urhebern treffen müssen. Die Buchverleger sind im Übrigen dadurch geschützt, dass sie, anders als die Presseverleger, gemäß § 8 VerlG umfassende Nutzungsbefugnisse in Form des Verlagsrechts erhalten<sup>28</sup>. Die Buchverlage fordern demnach auch kein eigenes Leistungsschutzrecht, da sich ihre Position dadurch nicht verbessern würde. Sie befürchten, dass es für Publikumsverlage deutlich schwieriger würde, Autoren zur umfassenden Abtretung urheberrechtlicher Nutzungsrechte zu bewegen.

#### (4) Recht des Datenbankherstellers gemäß § 87b UrhG

Es ist fraglich, ob Printerzeugnisse in den Schutzbereich des Rechts des Datenbankherstellers gemäß § 87b UrhG fallen. Voraussetzung für die Entstehung des Datenbankherstellerrechts ist, dass wesentliche Investitionen in die Datenbank selbst getätigt werden. Die für die Erstellung der journalistischen Beiträge anfallenden Kosten begründen dagegen keine für die Entstehung des Schutzes zu berücksichtigende Investitionen<sup>29</sup>. Zudem vermittelt § 87b UrhG seinem Inhaber nur einen begrenzten Schutz. Der Datenbankhersteller kann nur die Verwertung der Datenbank insgesamt, eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils oder, sofern dies der normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt werden, die wiederholte und systematische Verwertung unwesentlicher Teile der Datenbank verbieten. Diese Tatbestandsmerkmale werden von der Rechtsprechung tendenziell eng ausgelegt. Eine unangemessene Ausnutzung dürfte fraglich sein, weil keine Substitution der Verlagsangebote stattfindet.

#### (5) Lauterkeitsrecht

Verlegerische Leistungen können auch lauterkeitsrechtlich geschützt sein<sup>30</sup>. Die Verwendung der Snippets könnte eine unlautere Handlung im Sinne des §§ 3, 4 Nr. 9 UWG darstellen. Allerdings besteht auf dieser Grundlage infolge zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe kaum Rechtssicherheit<sup>31</sup>. Damit der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs eines ausschließlichen Schutzrechtes anwendbar ist, müssen be-

26 Grundlage ist § 18 MTV Tageszeitungen vom 01.01.2003 bzw. § 12 MTV Zeitschriften vom 01.01.2005.

27 Schweizer, ZUM 2010, 7 (15).

28 Hegemann/Heine, AfP 2009, 301 (203).

29 Hegemann/Heine, AfP 2009, 301 (202).

30 Diesen Schutz erachten als ausreichend Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1008; Sieger, ZUM 1989, 172 (173).

31 Ehmann/Szilagyi, K&R Beihefter 2/2009, 1 (6); Hegemann/Heine, AfP 2009, 301 (206).

sondere Umstände vorliegen, da außerhalb von Ausschließlichkeitsrechten der Wettbewerb und damit auch die Nachahmung grundsätzlich frei ist<sup>32</sup>. Das erscheint fraglich, da die Nutzung der verlegerischen Leistung durch Suchmaschinen im gegenseitigen Interesse erfolgt. Auch der Tatbestand der sklavischen Nachahmung ist mangels vollständiger Übernahme der verlegerischen Leistung in der Regel nicht gegeben. Eingewendet wird zudem, dass das Lauterkeitsrecht keine Grundlage für die Lizenzierung an Dritte biete<sup>33</sup>.

#### 4. Optionen

##### a) *Kriterien für die Bewertung der Optionen*

Neben den Interessen der Verleger, der Autoren und der Allgemeinheit an einem möglichst freien Informationszugang ist auch zu berücksichtigen, inwieweit eine Neuregelung tatsächlich zur Problemlösung beitragen würde. Freilich kann auch eine gewisse Rechtsunsicherheit, die etwa aus der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Tatbestand eines Leistungsschutzrechts resultiert, Anreize für Vertragsverhandlungen zwischen den Nachrichtenaggregatoren und den Verlegern schaffen. Nicht zu vernachlässigen ist schließlich, inwiefern neue Regelungsmodelle von den Betroffenen akzeptiert werden. Rechtsnormen können nur dann dauerhafte Wirkung entfalten, wenn sie von der Bevölkerung auch moralisch anerkannt werden<sup>34</sup>. Bereits die Durchsetzung der bestehenden Rechte der Urheber und Leistungsschutzberechtigten leidet nicht zuletzt an einem mangelnden Unrechtsbewusstsein der Betroffenen<sup>35</sup>.

##### b) *Rechtsvergleichung als Vorbild?*<sup>36</sup>

Rechtsvergleichend lässt sich ein originäres, von den Rechten der Autoren unabhängiges Leistungsschutzrecht des Verlegers nur in wenigen Rechtsordnungen ausmachen<sup>37</sup>. Hier ist in erster Linie das Vereinigte Königreich zu nennen, das seit dem Copyright Act 1956 ein solches Recht kennt, das inzwischen in den Copyright, Designs and Patents Act 1988<sup>38</sup> (CDPA) übernommen wurde (Section 1(1)(c) CDPA)<sup>39</sup>. Dieses Recht schützt „typographical arrangements of published editions“<sup>40</sup>. Es steht dem „publisher zu“ (Section 9(2)(d) CDPA) und ist

32 Vgl. *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2. Auflage 2009, Einl. Rn. 199 ff.: „Schutz der Leistung nur reflexartig“.

33 Hegemann/Heine, AfP 2009, 201 (206); Kauert, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, Berlin 2008, S. 163 f.

34 Vgl. dazu Rüthers, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 4. Aufl., München 2008, Rn. 341.

35 Vgl. dazu das Analysepapier zum 2. Workshop.

36 Diese Passage basiert auf einem Text von Dr. Christian Heinze.

37 Zu diesem Befund bereits Dietz, ZUM 1990, 54.

38 1988 Chapter 48, abrufbar unter [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga\\_19880048\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880048_en_1.htm).

39 Auf den Schutz von „typographical arrangements“ im britischen Recht verweisen auch Kauert, *Das Leistungsschutzrecht des Verlegers*, S. 263; Hegemann/Heine, AfP 2009, 201, 207. Rechtsvergleichende Bemerkungen finden sich auch in einem Gutachten von Böger, erstellt im Rahmen der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, abrufbar unter [http://irights.info/fileadmin/texte/material/045-09-A-Leistungsschutzrecht\\_von\\_Zeitungs.pdf](http://irights.info/fileadmin/texte/material/045-09-A-Leistungsschutzrecht_von_Zeitungs.pdf). Siehe auch bereits Soetenhorst, GRUR Int. 1989, 760, 764 ff.

40 „Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work (...) (c) the typographical arrangement of published editions“. Zur Definition der „published edition“ Section 8(1) CDPA: „In this Part, ‘published edition’, in the context of copyright in the typographical arrangement of a published edition, means a published edition of the whole or any part of one or more literary, dramatic or musical works“ Der Schutz ist vom Sonderschutz für typographische Schriftzeichen zu

auf 25 Jahre begrenzt (Section 15 CDPA). Es wurde ursprünglich geschaffen, um Verleger gegen die identische Übernahme ihres häufig aufwendig gestalteten typographischen Layouts durch Wettbewerber zu schützen<sup>41</sup>. In den Materialien wurde daher auf den vergleichbaren Schutz durch das Lauterkeitsrechts in anderen Staaten verwiesen, der im Vereinigten Königreich nicht ausgebildet war. Zudem verwiesen die Verleger auch auf die Vergleichbarkeit ihrer Leistung mit der des Herstellers von Tonträgern<sup>42</sup>. Das die Gesetzgebung vorbereitende Copyright Committee unterstützte das Anliegen der Verleger, wollte den Schutz aber ausdrücklich auf die exakte Kopie des Layouts beschränken<sup>43</sup>. Dementsprechend definiert Section 17(5) CDPA die rechtsverletzende Kopie im Falle von „typographical arrangements“ als „making a facsimile copy of the arrangement“<sup>44</sup>. Zudem verlangt Section 16(3)(a) CDPA für das Vorliegen einer Rechtsverletzung, dass die rechtsverletzende Handlung „in relation to the work as a whole or any substantial part of it“ erfolgt.

Für das Verständnis des britischen „Verlegerrechts“ ist insbesondere die Entscheidung *Newspaper Licensing Agency Limited v. Marks and Spencer Plc*<sup>45</sup> von Interesse. In diesem Fall hatte Marks and Spencer aufgrund einer Lizenz eine Art Pressespiegel bezogen, aber von Teilen dieses Pressespiegels weitere Kopien gemacht und innerhalb des Unternehmens verbreitet. Das House of Lords als (damals) höchstes britisches Zivilgericht ging der Frage nach, ob das beklagte Handelsunternehmen „the whole or a substantial part of the typographical arrangement of the published edition“ kopiert und damit das Recht der Verleger verletzt hatte. Es verneinte diese Frage letztendlich, weil es zum einen Zweifel daran hatte, ob bloße Teile einer Zeitung (selbst einzelne Artikel) eine „published edition“ iSd CDPA darstellen, jedenfalls aber weil es an einer Übernahme „substantieller Teile“ fehlte. Diesen Begriff legte das Gericht anhand des Schutzzwecks der Vorschrift aus und verlangte zumindest die Übernahme einer ganzen Zeitungsseite, weil andernfalls kaum das „typographical arrangement“ zum Ausdruck kommen könne<sup>46</sup>. Die Skepsis gegenüber einem Schutz selbst vollständiger Artikel weist darauf hin, dass ein Schutz kleiner und kleinster Teile eines Beitrags wohl kaum vom „typographical arrangement“ erfasst wäre<sup>47</sup>. Aufgrund der Beschränkung auf die photome-

---

unterscheiden, weil der Produzentenschutz der Verleger in jedem Fall bei der Herstellung eines Druckbildes eingreifen soll, während der spezifische Schutz für Schriftzeichen die Verwendung neuer und eigentümlich gestalteter Schriftzeichen voraussetzt, Dietz, ZUM 1990, 54, 57.

41 „They [Anm. The Publishers Association] were seeking protection for typographical arrangements so that a particular edition of a literary or musical work printed by or for a publisher could not be directly and exactly copied by an unscrupulous competitor by photo-lithography or other means“, Rn. 306 im Bericht des Departmental Committee on International Copyright, Bericht vom Oktober 1952, Cmd 8662, zitiert nach *Newspaper Licensing Agency Limited v. Marks and Spencer Plc* [2001] UKHL 38 (12<sup>th</sup> July, 2001), abrufbar unter <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd010712/news-1.htm>.

42 Zur Entstehungsgeschichte auch Soetenhorst, GRUR Int. 1989, 760, 765 f. („Schutzhintergrund ist also eine Kombination von wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Elementen“); Abel, GRUR Int. 1957, 2.

43 Rn. 308 im Bericht des Copyright Committee (vorige Fn.).

44 Vgl. Soetenhorst, GRUR Int. 1989, 760, 765.

45 [2001] UKHL 38 (12<sup>th</sup> July, 2001), abrufbar unter <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd010712/news-1.htm>.

46 *Newspaper Licensing Agency Limited v. Marks and Spencer Plc* [2001] UKHL 38 (12<sup>th</sup> July, 2001), Rn. 16, 20, 23, 27, abrufbar unter <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd010712/news-1.htm>.

47 Siehe auch Bainbridge, *Intellectual Property*, 7. Auflage 2009, S. 67, der zum Ergebnis kommt: „Particularly in the context of composite works, this form of copyright, therefore, operates on a macro-scale rather

chanische Vervielfältigung des „typographical arrangements“ erstreckt sich der Schutz auch grundsätzlich nicht auf den Inhalt des Werkes<sup>48</sup>. Aus diesen und anderen Gründen wird dem britischen Leistungsschutzrecht nur eine geringe Wirksamkeit attestiert<sup>49</sup>, so dass es kaum als Vorbild geeignet sein dürfte, um dem Anliegen der deutschen Presseverleger gerecht zu werden.

Ein ähnliches Recht wie das Vereinigte Königreich kennen auch andere Rechtsordnungen des angelsächsischen Rechtskreises. In Europa ist das etwa die Republik Irland<sup>50</sup>, weltweit daneben auch u.a.<sup>51</sup> Australien<sup>52</sup>, Neuseeland<sup>53</sup>, Hongkong<sup>54</sup> und Südafrika<sup>55</sup>. Außerhalb des common law-Rechtskreises werden zudem China<sup>56</sup> und Indonesien<sup>57</sup> sowie (für Printmedien) Griechenland<sup>58</sup> und Portugal<sup>59</sup> aufgeführt, außerdem eine Beteiligung an der Reprografievergütung etwa in Tschechien<sup>60</sup> und Ungarn<sup>61</sup>. Abgesehen von der Reprografievergütung beschränkt sich – soweit ersichtlich – auch in diesen Staaten der Schutz regelmäßig auf die Anordnung von Satz- und Schriftzeichen sowie die Einbandgestaltung (so in China<sup>62</sup>) oder – auf das „type-setting and pagination format of the works“ (Art 51 des griechischen Urheberrechtsgesetzes), so dass auch hier die Reichweite des Leistungsschutzes von der Übernahme der äußeren Gestaltung des Verlagsprodukts abhängen dürfte.

---

than micro-scale and it is the interrelationship and interaction between the individual items that is paramount”.

48 Soetenhorst, GRUR Int. 1989, 760, 767.

49 Ehmann/Szilagyi, K&R 2009, Heft 12, Beihefter 2, 1, 11.

50 Section 17(2)(c) Copyright and Related Rights Act 2000, abrufbar unter <http://www.irishstatutebook.ie/2000/en/act/pub/0028/index.html>.

51 Siehe auch Committee of Governmental Experts, The Printed Word – Preparatory Document for and Report of the WIPO/Unesco, Copyright 1988, 42, 327 f.

52 Section 88, 92, 100, 101 Copyright Act 1968, abrufbar unter [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/ca1968133/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/). Zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften (auch im Verhältnis zum britischen Vorbild) *Nationwide News Pty Ltd v Copyright Agency Ltd* [1996] FCA 1395 Rn. 78 ff., abrufbar unter [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal\\_ct/1996/1395.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/1996/1395.html).

53 Section 14(1)(e) Copyright Act 1994, abrufbar unter [http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html?search=ts\\_act\\_Copyright+Act\\_resel&p=1&sr=1](http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html?search=ts_act_Copyright+Act_resel&p=1&sr=1).

54 Section 2(1)(c), 21 Copyright Ordinance 2007, abrufbar unter [http://www.legislation.gov.hk/blis\\_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/2C08ADD260950D61482575EF0014E145/\\$FILE/CAP\\_528\\_e\\_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/2C08ADD260950D61482575EF0014E145/$FILE/CAP_528_e_b5.pdf).

55 Section 2(1)(h), 3(2)(f) Copyright Act 1978, abrufbar unter [http://www.publishsa.co.za/docs/Copyright\\_Act\\_No.pdf](http://www.publishsa.co.za/docs/Copyright_Act_No.pdf).

56 Ganea, Verwandte Schutzrechte im Urheberrecht der Länder Japan, China und Deutschland – eine vergleichende Studie, S. 139 f.; siehe auch Art. 30, 35 des chinesischen Urheberrechtsgesetzes vom 2010, in englischer Übersetzung abrufbar unter [http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI\\_EN/Laws/GeneralLawsandRegulations/BasicLaws/P020100310354970932477.pdf](http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/GeneralLawsandRegulations/BasicLaws/P020100310354970932477.pdf).

57 Art. 12(1)(a) des indonesischen Urheberrechtsgesetzes von 2002, in englischer Übersetzung abrufbar unter [http://portal.unesco.org/culture/en/files/30382/11424187703id\\_copyright\\_2002\\_en.pdf/id\\_copyright\\_2002\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/30382/11424187703id_copyright_2002_en.pdf/id_copyright_2002_en.pdf).

58 Art. 51 des griechischen Urheberrechtsgesetzes, in englischer Übersetzung abrufbar unter [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=1790](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=1790).

59 Art. 19(3) des portugiesischen Urheberrechtsgesetzes, in englischer Übersetzung abrufbar unter [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_pdf.jsp?lang=EN&id=3525](http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=3525) (die Vorschrift definiert Zeitungen und andere Periodika als gesammelte Werke, deren „Urheberrecht“ den betreffenden Unternehmen zusteht).

60 Siehe Art. 87 des tschechischen Urheberrechtsgesetzes; in englischer Sprache abrufbar unter [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=en&id=962](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=en&id=962); *Telec*, GRUR Int. 2001, 219, 224; *Kauert*, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, S. 263.

61 Art 21 des ungarischen Urheberrechtsgesetzes, dazu Gyertyánfy, GRUR Int. 2002, 557, 561.

62 Ganea, Verwandte Schutzrechte im Urheberrecht der Länder Japan, China und Deutschland – eine vergleichende Studie, S. 139.

### c) Einführung eines Leistungsschutzrechts

#### (1) Europarechtliche Zulässigkeit

Aus der Perspektive des Europarechts steht es dem deutschen Gesetzgeber grundsätzlich frei, ein neues Leistungsschutzrecht für (Presse-)Verleger einzuführen. So stellt es die europäische Schutzdauerrichtlinie 2006/116/EG<sup>63</sup> in ihrem Erwägungsgrund 19 „den Mitgliedstaaten frei, andere verwandte Schutzrechte beizubehalten oder einzuführen, insbesondere in Bezug auf den Schutz kritischer und wissenschaftlicher Ausgaben“, was auch die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger gestattet<sup>64</sup>. Auch die Regelungen zu den verwandten Schutzrechten in Art. 7 ff. Vermiet- und Verleihrichtlinie 2006/115/EG<sup>65</sup> werden hinsichtlich der Art der zulässigen Leistungsschutzrechte nicht als abschließend aufgefasst. So hat die Europäische Kommission in einer Erklärung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens auf Anregung eines Mitgliedstaates klargestellt, dass Kapitel II dieser Richtlinie etwaige Rechte der Verleger gedruckter Werke unberührt lassen soll<sup>66</sup>. Im Interesse der Transparenz auf EU-Ebene verpflichtet Art. 11 der Schutzdauerrichtlinie 2006/116/EG die Mitgliedstaaten allerdings, der Kommission unverzüglich jeden Gesetzentwurf zur Einführung neuer verwandter Schutzrechte mitzuteilen und die Hauptgründe für ihre Einführung sowie die vorgesehene Schutzdauer anzugeben. Zudem sind bei der Ausgestaltung des Leistungsschutzrechts die generellen Vorgaben des Europarechts zu beachten, die sich etwa aus der Richtlinie 2001/29/EG über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft<sup>67</sup> ergeben<sup>68</sup>.

#### (2) Vorbild

Ein Leistungsschutzrecht wurde bislang nur einzelnen Akteuren, beispielsweise den Herstellern von Tonträgern (§ 85 UrhG), den Sendeunternehmen (§ 87 UrhG) und den Filmherstellern (§ 94 UrhG), zugesprochen. Es soll die Investitionen der Unternehmen schützen, die sie tätigen, um Geisteswerke für die Allgemeinheit verfügbar zu machen. Möglicherweise kann eines der bestehenden Leistungsschutzrechte als Vorbild für den Schutz der Verleger dienen.

Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger könnte sich zunächst an das Recht des Herstellers eines Tonträgers gemäß § 85 UrhG anlehnen. Das Recht wurde mit der Urheberrechtsreform von 1965 eingeführt, weil die wirtschaftlich aufwendige Leistung des Tonträgerherstel-

63 Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung), *ABl. L 372 vom 27.12.2006*, S. 12.

64 Walter, in: Walter/v. Lewinski, *European Copyright Law*, 2010, Rn. 8.3.5, 8.5.4 (mit explizitem Verweis auf das Leistungsschutzrecht der Verleger im englischen und griechischen Recht); siehe auch Rn. 8.11.3.

65 Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), *ABl. L 376 vom 27.12.2006*, S. 28.

66 V. Lewinski, in: Walter/v. Lewinski, *European Copyright Law*, 2010, Chapter II Rn. 6.0.15 mit Verweis auf eine Erklärung der Kommission im Rahmen des Internal Market Council Meeting vom 18. Juni 1992.

67 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, *ABl. L 167 vom 22.6.2001*, S. 10.

68 Der Vorbehalt zugunsten speziellerer Richtlinien in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft dürfte für ein Leistungsschutzrecht der Verleger keine Relevanz erlangen, weil dieses durch die Vermiet- und Verleihrichtlinie nicht geregelt wird, s.o. in den beiden vorigen Fn.



lers durch Dritte auf technischem Weg leicht übernommen werden kann<sup>69</sup>. Eine vergleichbare Interessenlage besteht in Bezug auf die Leistungen der Verleger<sup>70</sup>. Tonträgerhersteller und Inhaber des Leistungsschutzrechts aus § 85 UrhG ist, wer die wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung erbringt, das Tonmaterial erstmalig auf einem Tonträger aufzuzeichnen<sup>71</sup>. Das Recht des Tonträgerherstellers schützt aber nur gegen die Übernahme der Aufzeichnung. Es ist daher für jedermann zulässig, die gleiche Aufnahme selbst herzustellen<sup>72</sup>.

Filmhersteller i. S. d. § 94 UrhG ist derjenige, der die organisatorische und wirtschaftliche Leistung der Filmherstellung tatsächlich erbringt<sup>73</sup>. Auch hier ist aber nur die Übernahme geschützt, das Nachschaffen bleibt dagegen unbenommen<sup>74</sup>.

Beide Schutzrechte knüpfen damit an die konkrete Fixierungsleistung an und entsprechen daher wohl nicht der Interessenlage der Verlage.

In der Innovationswerkstatt wurde intensiv der Vergleich mit dem Hersteller einer Datenbank i. S. d. § 87a UrhG diskutiert. Diesem kommt ein Investitionsschutz zu, nicht der Schutz einer bestimmten Fixierungsleistung. Zudem erfasst das Recht des Datenbankherstellers aus § 87b UrhG nicht nur die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe der Datenbank insgesamt bzw. wesentlicher Teile, sondern darüber hinaus auch die systematische und wiederholte Verwertung unwesentlicher Teile. Diese Variante kommt der Nutzung von Snippets durch Nachrichtenaggregatoren am nächsten.

### (3) Einzelfragen

#### (a) Schutzwürdige Leistung

Ausgangspunkt der Überlegungen, wie der Tatbestand eines verwandten Schutzrechts für Presseverleger ausgestaltet werden kann, ist die Frage, welche Leistung als schutzwürdig erachtet wird.

Die Mehrzahl der Mediennutzer bescheinigt den Zeitungen sowie dem Fernsehen wohl nach wie vor das höchste Wirkungspotenzial. Die darin verbreiteten Themen erscheinen als besonders wichtig. Sie tragen aufgrund ihrer Breitenwirkung in hohem Maße zur Meinungsbildung bei. Es bleibt zu beobachten, inwiefern diese Funktion von individualisierten Diensten wie Weblogs und Diskussionsforen übernommen werden kann<sup>75</sup>. Gegen die Einführung eines Leistungsschutzrechts wird eingewendet, ein Schutz dürfe nicht dazu führen, überholte Geschäftsmodelle zu erhalten und Innovationen zu verhindern<sup>76</sup>. Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger könnte jedoch einen negativen Anreiz dafür schaffen, nach Geschäftsmodellen zu suchen, die nicht auf ein Leistungsschutzrecht angewiesen sind. Vor dem Hintergrund des

---

69 Vgl. die amtliche Begründung, abgedruckt bei M. Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, S. 546 f.

70 Vgl. Berger/Glas, Informationen als Gegenstand von Eigentumsrechten, in: *Comparativ – Leipziger Beiträge zur Universalgeschichte und zur vergleichenden Gesellschaftsforschung* 5/6, S. 165 f.

71 BGH NJW 2009, 770 – Metall auf Metall; Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., München 2008, § 85 UrhG Rn. 4.

72 Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008, § 85 Rn. 34.

73 OLG Stuttgart NJW-RR 2004, 619, 621; Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008, § 94 Rn. 4.

74 Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008, § 94 Rn. 34.

75 Vgl. Hasebrink/Schulz/Held/Sprenger, Rzadkowski, Macht als Wirkungspotenzial, 2009, S. 8.

76 Etwa Ehmann/Szilagyi, K&R Beihefter 2/2009, 1 (4).

Allgemeininteresses am Informationszugang erscheint im Hinblick auf die journalistische Vielfalt jedoch auch der Erhalt bestehender Strukturen und Institutionen als schutzwürdig.

Ein Leistungsschutzrecht kann nicht allein an wirtschaftliche Kriterien anknüpfen. Denn theoretisch ist im Onlinebereich mit relativ geringem Aufwand eine hohe öffentliche Aufmerksamkeit möglich ist. Der wirtschaftliche Aufwand verhält sich aber nicht zwingend proportional zur Meinungsrelevanz. Vielmehr ist erforderlich, dass das Schutzrecht für die wirtschaftliche Investition und das Produkt gewährt wird.

Als schutzwürdige Leistungen der Verlage kommen die Investitionen in die Infrastruktur und in die Kosten der Recherche in Betracht. Die Verlage unterhalten beispielsweise Redaktionen, betreuen Mitarbeiter, suchen und wählen Themen aus, bestimmen die Tendenz der Beiträge im Rahmen eines ganzheitlichen Auftritts, erwerben Rechte, stellen die Produkte technisch her und sorgen für die Vermarktung und den Vertrieb.

Ein Mehrwert, der das Leistungsschutzrecht rechtfertigen könnte, ist zudem möglicherweise die wirtschaftlich-organisatorische Leistung der Markenprägung.

#### (b) Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich

Weiterhin stellt sich die Frage, wie der Kreis der Berechtigten eines Leistungsschutzrechts zu bestimmen ist. Fraglich ist etwa, ob auch private Blogger davon profitieren sollten<sup>77</sup>. Auch ist zu klären, ob die Leistung der Nachrichtenagenturen geschützt sein soll. Die Antwort ist von der als schutzwürdig erachteten Leistung abzuleiten. Daraus ergibt sich letztlich auch der Kreis der Berechtigten.

Zur Eingrenzung bietet sich die Formulierung „Schutz der Investition in die journalistisch-redaktionelle Nachrichtenselektion“ an. Dann bestünde auch keine Kollision zu den Urheberrechten der Autoren. Erfasst würden dadurch auch Zeitschriften mit unterhaltenden Inhalten. Abgrenzungsprobleme, die der Begriff mit sich bringt, sind auch in anderen Bereichen<sup>78</sup> bekannt und können unter Berücksichtigung der dort entwickelten Kriterien bewältigt werden. Ein Indiz könnte das Vorhandensein einer Redaktionsstruktur sein.

Bei der Bestimmung des Schutzzumfangs eines Presseprodukts könnte die zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit ergangene Infopaq-Entscheidung des EuGH<sup>79</sup> herangezogen werden. Sie müsste aber im Hinblick auf den abweichenden Schutzgegenstand – ein Leistungsschutzrecht – angepasst werden. Es könnte sich insoweit an die Formulierung des Urteils angelehnt werden, als danach nur solche Teile geschützt sein können, die dazu geeignet sind, dem Leser die Originalität einer Publikation zu vermitteln, indem sie ihm einen Bestandteil mitteilen, der als solcher Ausdruck der geschützten Leistung, also etwa der journalistisch-redaktionellen Nachrichtenselektion, ist. Jedoch sollte deutlich klargestellt werden, dass ein Schutz kleinstmöglicher Einheiten nicht bezweckt ist.

Zudem müsste eine gewisse Investitionshöhe Schutzvoraussetzung sein, um die als schutzwürdig erachtete wirtschaftliche Leistung im Tatbestand eines Leistungsschutzrechtes abzubilden.

<sup>77</sup> Vgl. auch Stellungnahme der GRUR, GRUR 2010, 808 (809).

<sup>78</sup> Etwa in §§ 54 ff. RStV.

<sup>79</sup> EuGH GRUR 2009, 1041, Rn. 47 – Infopaq.

(c) Geschützte Verwertungshandlung

Die Formulierung eines Leistungsschutzrechts könnte sich an § 87b UrhG anlehnen und insoweit an die wiederholte und systematische Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe anknüpfen. Dann wären zwar sonstige gewerbliche Nutzer<sup>80</sup> nicht erfasst, da deren Leistung wohl nicht auf einer systematischen Auswertung der Inhalte beruht. Jedoch wäre dies ohnehin ein Systembruch im geltenden Urheberrecht, da die bloße Werknutzung geschützt würde. Würde etwa das Lesen einer Online-Verlagsseite im Büro etwa durch einen Bankmitarbeiter erfasst, so entspräche dies dem Ansehen eines Rundfunkbeitrags. Letzteres ist jedoch bislang ohne Einwilligung zulässig.

Zur Formulierung der geschützten Verwertungshandlung müsste weiterhin das Tatbestandsmerkmal der gezielten Suche durch Webcrawler eingefügt werden, damit die „normale“, durch den Nutzer ausgelöste Suche nicht erfasst wird.

(d) Rechtsfolge

Zudem muss eine Handlungsoption die Frage beantworten, welche Rechtsfolge sinnvoll erscheint.

Den Content-Anbietern ist es wichtig, die Hoheit über ihr eigenes Produkt behalten. Sie wollen entscheiden können, ob und auf welche Art und Weise, insbesondere mit welchem anderen Produkt ihr Inhalt platziert wird. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Einführung eines Ausschließlichkeitsrechts nahe liegend. Ein Vergütungsanspruch würde zwar eine Beteiligung der Inhalteanbieter an den Erlösen bewirken, ihnen aber die Autonomie über ihre Produkte nehmen. Ein Vergütungsanspruch, etwa im Wege einer gesetzlichen Lizenz, hätte dagegen den Vorteil, dass der Informationszugang stets gewährleistet bliebe.

Vor allem in letzterer Alternative wäre die Gründung einer Verwertungsgesellschaft für Presseverleger in Betracht zu ziehen, um eine Trennung der Interessen der Autoren und der Verlage zu gewährleisten<sup>81</sup>. Die Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft ist zwar nicht zwingend für die Ausgestaltung eines Leistungsschutzrechts, allerdings gerade für kleinere Anbieter von Interesse. Zu berücksichtigen ist freilich der durch eine weitere Verwertungsgesellschaft für Abrechnung, Protokollierung und Überwachung entstehende Verwaltungsaufwand<sup>82</sup>.

(e) Berücksichtigung von Allgemeininteressen

Schließlich sind bei der Ausgestaltung eines Leistungsschutzrechts die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Dies kann dadurch gewährleistet werden, dass die Schrankenbestimmungen des ersten Teils des Urheberrechtsgesetzes auch für das Leistungsschutzrechts der Presseverleger Anwendung finden. Damit wären beispielsweise Kopien zum Privatgebrauch weiterhin zulässig.

---

80 Oben II. 2. b).

81 Dafür Ehmann/Szilagyi, K&R Beihefter 2/2009, 1 (6 f.).

82 Kreutzer, epd medien 76/2009, 5 (10).

#### (4) Folgeprobleme

##### (a) Einwilligung

Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Google-Bildersuche<sup>83</sup> ist eine urheberrechtliche Verwertungshandlung auch dann nicht rechtswidrig, wenn dem (schlüssigen) Verhalten desjenigen, der Werke ins Internet stellt, auch ohne rechtsgeschäftliche Erklärung entnommen werden kann, er sei mit der Nutzung durch Suchmaschinen einverstanden. Das kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Suchmaschinenindexierung der Seite nicht blockiert wird. Ein Leistungsschutzrecht würde demgemäß den Verlegern kaum helfen, denn eine Rechtsverletzung würde an einer Einwilligung scheitern<sup>84</sup>. Allenfalls ließe sich erwägen, die Einführung eines Leistungsschutzrechts mit der spezifischen Ausrichtung auf Suchmaschinen als (konkludente und partielle) gesetzgeberische Korrektur der jüngsten Rechtsprechung aufzufassen. Indes dürfte dies voraussetzen, dass sich in den Gesetzgebungsmaterialien entsprechende Hinweise finden. In jedem Fall sollte der Gesetzgeber klarstellen, wie sich das neue Recht zur Einwilligungsdogmatik verhalten soll.

##### (b) Schutz kleinster Teile?

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil „Metall auf Metall“<sup>85</sup> entschieden, dass ein Eingriff in das Recht des Tonträgerherstellers aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG bereits dann gegeben ist, wenn einem Tonträger kleinste Tonfetzen entnommen werden.

Problematisch ist insoweit, dass eine Unterscheidung zwischen dem einzelnen Satz und der Leistung, für die das verwandte Schutzrecht des Verlegers gewährt würde, anders als bei dem Schutzrecht des Tonträgerherstellers, bei dem eine Trennung von Tonträger einerseits und Werk der Musik andererseits möglich ist, nicht in Betracht kommt.

Ein Leistungsschutzrecht müsste in jedem Fall so ausgestaltet sein, dass eine Monopolisierung kleinster Teile wie etwa einzelner Wörter nicht in Betracht kommt<sup>86</sup>.

##### (c) Verhältnis zu Rechten der Urheber

Ein Leistungsschutzrecht in Form eines Investitionsschutzes würde zwar keine direkten Anreize zu kreativem Schaffen setzen, käme durch Schaffung entsprechender Strukturen durch die Verleger mittelbar aber auch den Journalisten zu Gute.

Allerdings könnte es möglicherweise zu Konflikten mit den Zweitverwertungsrechten der Urheber führen, insbesondere der freien Journalisten, die den Verlagen regelmäßig nur einfache Nutzungsrechte einräumen. Eine Zweitverwertung ihrer Artikel, etwa in Form einer Online-Publikation, ist ihnen in diesem Fall bislang unbenommen. Diese Form der Zweitverwertung könnte aber möglicherweise in den Schutzbereich eines Leistungsschutzrechts der Verleger eingreifen.

Zudem wird auf das Spannungsfeld hingewiesen, das sich dann ergeben könnte, wenn die Autoren ihre einmal eingeräumten Nutzungsrechte zurückrufen wollen, beispielsweise weil das Unternehmen, dem sie die Rechte eingeräumt hatten, veräußert wird (§ 34 Abs. 3 Satz 2

83 BGH MMR 2010, 475.

84 So auch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2010, 808 (809).

85 BGH NJW 2009, 770 – Metall auf Metall.

86 Vgl. Stellungnahme der GRUR, GRUR 2010, 808 (809).

UrhG) oder weil das Werk ihrer Überzeugung nicht mehr entspricht (§ 42 UrhG)<sup>87</sup>. Dann stellt sich zwangsläufig die Frage, welche Auswirkungen ein Rückruf auf das Leistungsschutzrecht des Verlegers hätte.

(d) Verhältnis zum Zitatrecht

Als problematisch wird auch bei einer entsprechenden Anwendung der Schrankenbestimmungen auf das Leistungsschutzrecht die Abgrenzung zum Zitatrecht gemäß § 51 UrhG erachtet<sup>88</sup>. Sind die Grenzen der Zitatfreiheit vor allem durch eine eigene geistige Auseinandersetzung eingehalten, darf dies nicht durch ein Leistungsschutzrecht unterbunden werden können.

d) *Neuer Tatbestand im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*

Schon oben wurde darauf verwiesen, dass grundsätzlich Lauterkeitsrecht Anwendung finden kann, derzeit wegen der Offenheit der Klauseln aber keinen verlässlichen Schutz bietet. Die Tätigkeit der Suchmaschinen könnte als wettbewerbswidriges Verhalten definiert werden. Eine Anknüpfung wäre etwa an § 4 Nr. 9b UWG möglich. Ein solcher Weg hätte den Vorteil, dass nur ein Handeln im geschäftlichen Verkehr betroffen wäre. Das Problem der mangelnden Lizenzierbarkeit wäre freilich auch dann nicht behoben, da das Wettbewerbsrecht ein bloßes Abwehrrecht ist und kein verkehrsfähiges Immaterialgut bietet.

e) *Absenkung der Anforderungen an die Schöpfungshöhe*

In Betracht kommt theoretisch ferner die Absenkung der Anforderungen an die Schöpfungshöhe bei Sprachwerken, so dass bereits kleine Textausschnitte urheberrechtlich geschützt wären. Dann wäre bereits die Darstellung der Snippets in den Ergebnislisten eine relevante Nutzungshandlung. Das wäre freilich ein (weiterer) Sonderweg im geltenden Urheberrecht. Außerdem verbliebe danach das Urheberrecht weiterhin beim Urheber, so dass das Problem des Rechtsnachweises für die Verlage bestehen bliebe. Zudem stellen die verlegerischen Leistungen eher handwerkliche Tätigkeiten dar, so dass ein Investitionsschutz näher liegt.

### III. MODIFIZIERUNG DES LEISTUNGSSCHUTZRECHTS DER SENDEUNTERNEHMEN

Auch die Sendeunternehmen stören sich daran, dass Dritte die Aufmerksamkeit ihrer Sendesignale ausnutzen. So werden bei Hybridgeräten Rundfunk- und IP-Signale in einem Gerät zusammengeführt. Mittels Internetzugang können also neben dem Fernsehbild auch Internetinhalte dargestellt werden. Zahlreiche Applikationen, sog. Widgets, also kleine grafische Elemente, die beim Anklicken Anwendungen starten, können über oder neben das Fernsehbild gelegt werden. Dabei kann es sich auch um Werbung handeln. Für den Nutzer ist oftmals nicht erkennbar, woher die einzelnen Elemente stammen. Als besonders problematisch wird dies erachtet, wenn, wie im Rundfunk aufgrund der zahlreichen Regulierungen etwa im Hinblick auf Werbung, nur ein eingeschränkter Wettbewerb möglich ist.

---

<sup>87</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1008.

<sup>88</sup> Etwa Ehmann/Szilagyi, K&R Beihefter 2/2009, 1 (10).

Ebenso wie bei der Presse wird von Seiten der Sender argumentiert, dass in das Programm und die Erstellung des Sendesignals erhebliche Summen investiert werden, mit der dann wiederum Aufmerksamkeit und damit eine große Zuschauerreichweite generiert werden kann. Die Umsetzung dieser Reichweite in Werbeeinnahmen ist für die Sender jedoch aufgrund medienrechtlicher Vorgaben nur beschränkt möglich, denn Werbung ist für die Rundfunkveranstalter selbst auf der Grundlage des Rundfunkstaatsvertrags – basierend auf den Vorgaben der Audiovisuellen Mediendiensterichtlinie der Europäischen Union – nur begrenzt erlaubt, etwa mengenmäßig auf 12 Minuten pro Stunde. Bestimmte Sendeformate, etwa Kindersendungen, dürfen überhaupt nicht durch Werbung unterbrochen werden. Als besonders problematisch wird wahrgenommen, dass andere Medienunternehmen mit ihren Applikationen ohne eigenen technischen und inhaltlichen Aufwand die Zuschauerreichweite der Sender „abgreifen“, dabei aber nicht den strengen Werberegulierungen wie die Rundfunkanbieter unterliegen und somit unbeschränkt Werbeeinnahmen generieren können.

Die Sendeunternehmen haben gemäß § 87 UrhG u. a. das ausschließliche Recht, ihre Funksendung weiterzusenden und öffentlich zugänglich zu machen. Das Leistungsschutzrecht ist durch die Verwendung der Funksendung in Form von Widgets aber (nach herrschender Meinung) nicht verletzt, denn es knüpft an die physische Veränderung des Signals an<sup>89</sup>, das jedoch gerade unverändert bleibt. Auch die Einschlägigkeit des UWG ist unsicher, da oftmals der Nutzer die Entscheidung über die Einblendung der Widgets behält und daher wohl keine geschäftliche Handlung vorliegt. Künftig wird freilich der Nutzer wohl häufiger nicht mehr frei über die Auswahl entscheiden dürfen, da sich sonst für die Anbieter der Geräte kein tragfähiges Geschäftsmodell bietet.

Eine Lösung (wenn dies als Problem angesehen wird) könnte darin bestehen, dass der Tatbestand des § 87 UrhG nicht mehr auf das physische Sendesignal abstellt, sondern auf die Beeinträchtigung der Sendung. Darunter könnte auch der Kontext fallen, in den sie gestellt wird. Auch könnte die Regelung an den wirtschaftlichen Aufwand anknüpfen, der zur Erstellung der Sendung betrieben wird.

Möglich wäre es auch, einen neuen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand zu schaffen. Dieser könnte an die Ausnutzung der durch eine Funksendung erzielten Zuschauerreite anknüpfen und diese für unlauter erklären.

Im Bereich des Rundfunks berührt sich die Frage der Reichweite des Leistungsschutzrechtes der Sendeunternehmen mit öffentlich-rechtlichen Regelungszielen, die kommunikative Chancengerechtigkeit sicher stellen sollen (so genannte Plattformregulierung gemäß § 52c Rundfunkstaatsvertrag). Das Interesse, das Dritte nicht ihre Position im Distributionsprozess dazu ausnutzen, kommunikative Gewichte in der öffentlichen Kommunikation zu verschieben, wird durch diese Regelung adressiert. Inwieweit es sachgerecht ist, dies angesichts der sich wandelnden Bedeutung unterschiedliche Angebotstypen in der öffentlichen Kommunikation an der Linearität des Rundfunks fest zu machen, ob dieses Regelungsziel verfolgt wird, kann hier nicht diskutiert werden.

---

89 OLG Köln MMR 2005, 100.

Geht es um die Darstellung von Fernseh-Signalen auf Internet-Plattformen, verbindet sich die Fragestellung zudem mit der in Deutschland beginnenden Diskussion über „Netzneutralität“.<sup>90</sup>

Auch bei dieser geht es um die Spielräume, die insbesondere – aber nicht nur – Infrastrukturanbieter bei der Behandlung unterschiedlicher Daten, die auf ihren Plattformen übertragen werden, haben.

Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, die „Widgets-Problematik“ zwischen Bund und Ländern Regelungsmaterien-übergreifend zu adressieren.

#### IV. FAZIT

(1) Die Analyse der geltenden Rechtslage hat gezeigt, dass der Schutz der institutionellen Voraussetzungen journalistisch-redaktioneller Leistungen durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet ist. Vor diesem Hintergrund muss der Gesetzgeber beobachten, wie sich die ökonomischen Rahmenbedingungen verändern. Dies ist nicht auf Verlage beschränkt, schließt diese aber ein.

(2) Diese ökonomischen Rahmenbedingungen haben sich für die Verlage durch verändertes Nutzungsverhalten deutlich negativ verändert, jedenfalls im Bereich der gedruckten Zeitungen und bezogen auf junge Lesergruppen ist der Rückgang signifikant. Verluste im Offline-„Geschäft“ können in der Regel jedenfalls nicht durch das journalistisch-redaktionelle Online-Geschäft kompensiert werden (z. T. aber durchaus durch andere, nicht journalistisch-redaktionelle Online-Aktivitäten).

(3) Betrachtet man nun die empirische Grundlage, so muss man zunächst feststellen, dass sich nicht eindeutig quantifizieren lässt, in welchem Umfang Presseangeboten Aufmerksamkeit verloren geht, weil Leser mit den „Snippets“ ihr Informationsbedürfnis bereits befriedigt haben, ohne das Angebot der News-Aggregatoren aber auf einer Seite eines Presse-Verlages gelangt wären. Auf der anderen Seite ist eindeutig, dass Presse-Verlage Nutzerkontakte über Suchmaschinen erhalten, ausgehend von den verfügbaren amerikanischen Daten wird man bei Google-News davon ausgehen können, dass ca. 2-3 % der Kontakte auf Online-Angeboten der Presse über Google-News vermittelt werden, durch die normale Google-Suche kommen sogar deutlich über 20 % der Nutzer. Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, dass die Exit-Option – also die Verhinderung einer Suche durch Google-News oder Google für die Verlage keine wirtschaftliche attraktive Lösung darstellt; aus ihrer Sicht kann es nur darum gehen, die durch News-Aggregation verloren gegangenen Kontakte zu monetarisieren.

(4) Eine in der Ideenwerkstatt diskutierte Option ist es, vor dem geschilderten Hintergrund davon auszugehen, dass weder Markt- noch Staatsversagen vorliegt und insofern keine Handlungsnotwendigkeit besteht. Dass die Institution freie Presse derart gefährdet wäre, dass eine staatliche Handlungspflicht bestünde, ist in der Tat noch nicht erkennbar und insofern der Gesetzgeber nicht gebunden.

---

90 Vgl. zu diesem Problemkomplex aktuell Holznagel. Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltsicherung. K & R 2/2010 S. 98 f.

(5) Die Option als Definition der Handlungen der Aggregatoren als unlautere Handlung erscheint denkbar, die hier aber nicht ausgeführt wird. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf urheberrechtliche Instrumente.

(6) Der Blick ins Ausland hat gezeigt, dass eine Adaption von dort praktizierten Lösungen wenig sachgerecht erscheint. Dort, wo Leistungsschutzrechte existieren, schützen sie nicht das, was hierzulande von den Verlagen als Problem adressiert wird.

(7) Denkt man über die eigenständige Konstruktion eines neuen Leistungsschutzrechts nach, so bieten sich als Vorbild entweder das Recht des Tonträgerherstellers oder des Erstellers von Datenbanken an. In der Innovationswerkstatt wurden Vor- und Nachteile dieser unterschiedlichen Optionen diskutiert. Zur Entscheidung darüber, welche Konstruktion gewählt wird, scheint es sinnvoll, zu reflektieren, welche Leistung als die schützenswerte angesehen wird. Geht es eher um die „Fixierung“ des Inhalts in einer bestimmten Form, entsteht eine gewisse Nähe zum Recht des Tonträgerherstellers. Geht es eher um den Schutz der journalistisch-redaktionellen Selektionsleistung, zeigt sich eine strukturelle Nähe zum Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers. Der letztgenannten Option wurde in der Innovationswerkstatt überwiegend der Vorzug gegeben.

(8) Zu den Aspekten, die zentral in die Abwägung einzustellen sind, gehören auch die Auswirkungen auf Dritte. Dazu gehören zum einen die Journalisten, die als Werkschöpfer nach Veröffentlichung ihrer Texte mit einer zweiten Schutzebene durch ein neues Leistungsschutzrecht für das Presseerzeugnis konfrontiert sind. Zum anderen entsteht ein Spannungsverhältnis daraus, dass die Konstruktion eines solchen Leistungsschutzrechts im Hinblick auf News-Aggregatoren, sollen diese erfasst werden, voraussetzt, dass auch kleine Textteile gegen „Entnahme“ geschützt sind. Dies könnte indes zur Monopolisierung“ kleinster sprachlicher Einheiten führen, sofern nicht anders rechtlich sicher gestellt ist, dass nur eine Entnahme aus dem konkreten Presseerzeugnis eine Verletzung des Leistungsschutzrechts darstellt. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen erzeugte die Option eines Leistungsschutzrechts basierend auf dem Recht des Datenbankherstellers in der Ideenwerkstatt die meiste Resonanz, wobei

- die journalistisch-redaktionelle Selektionsleistung geschützt wird,
- eine gewisse Investitionshöhe Voraussetzung ist, um den Schutz entstehen zu lassen und
- lediglich systematische Auswertungen als Verletzung dieses Rechts erscheinen.

(9) Ob gerade dies der richtige Weg ist, der Presse aus der unbestreitbaren Refinanzierungsproblematik im Online-Bereich heraus zu helfen und ob dieser Nutzen die Nachteile übersteigt, dies zu bestimmen ist eine politische Entscheidung.



## ANHANG

## Anhang I: Überblick über die erörterten Optionen

Option	Problemlösung	Akzeptanz	Folgeprobleme
Kein staatlicher Eingriff	Fraglich, da aufgrund ungleicher Marktmacht zwischen bestimmten Verlagen einerseits und Nachrichtenaggregatoren andererseits Ausgangslage für Verhandlungslösung schwierig	groß bei Nutzern und Aggregatoren, da status quo und damit (kosten)freier Zugang gewahrt bleibt; gering bei Verlegern	Erhalt journalistischer Vielfalt möglicherweise gefährdet
Absenkung der Schöpfungshöhe	gering: Snippets wären zwar urheberrechtlich geschützt; Verleger müssten aber weiterhin Nutzungsrechte Erwerben, dokumentieren, nachweisen	bei Nutzern gering: Monopolisierung einzelner Wörter befürchtet; bei Aggregatoren gering: Lizenzierung erforderlich	wäre ein weiterer Sonderweg im UrhG; Abgrenzung zum Zitatrecht schwierig
Tatbestand in UWG	würde nur Handeln im geschäftlichen Verkehr erfassen; indes kaum Grundlage für Lizenzierung, da Wettbewerbsrecht bloßes Abwehrrecht ist und kein verkehrsfähiges Immaterialgut bietet	Privatnutzer nur mittelbar betroffen, Dienste der Aggregatoren ggf. eingeschränkt/kostenpflichtig	
Leistungsschutzrecht in Anlehnung an § 85 UrhG	minimal: nur Fixierung geschützt, nicht dagegen Nachschaffung	größer, da Nutzung der Inhalte weiterhin möglich, solange Nachschaffung	Schutz kleinster Teile („Metall auf Metall“)
Leistungsschutzrecht in Anlehnung an §§ 87a ff. UrhG	systematische und wiederholte Nutzung erfasst nur bestimmte gewerbliche Nutzer	Bei Privatanutzern größer, da weiterhin Nutzung möglich, jedoch mittelbare Betroffenheit	Verhältnis zum Urheberrecht der Autoren; Einwilligung durch Veröffentlichung im Internet; Verhältnis zum Zitatrecht

## Anhang II: Überblick über Stellungnahmen

BDI, Gemeinsame Erklärung zum Vorhaben eines „Leistungsschutzrechts für Presseverleger“, 23. September 2010,  
[www.bdi.eu/download\\_content/InformationUndTelekommunikation/LeistungsschutzR\\_f\\_PressVerlage\\_Verbaendeerklaerung.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/InformationUndTelekommunikation/LeistungsschutzR_f_PressVerlage_Verbaendeerklaerung.pdf)

BDZV/VDZ, Gemeinsame Erklärung: Anhörung beim Bundesjustizministerium verdeutlicht Notwendigkeit eines Leistungsschutzrechts, 28. Juni 2010,  
<http://www.bdzv.de/pressemitteilungen+M55b9456f181.html>

BITKOM, Stellungnahme zu Überlegungen der Einführung eines urheberrechtlichen Leistungsschutzrechts für Presseverleger, 25. Juni 2010,  
[http://www.bitkom.org/files/documents/100624\\_Stellungnahme\\_BITKOM\\_Verleger\\_LSR\\_final.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/100624_Stellungnahme_BITKOM_Verleger_LSR_final.pdf)

eco, Positionspapier zur Anhörung des Bundesjustizministeriums zum geplanten Leistungsschutzrecht für Presseverleger am 28. Juni 2010, 25. Juni 2010,  
<http://www.eco.de/dokumente/20100625-LSR-eco-Positonspapier-final.pdf>

DJV, Ja des DJV ist kein Selbstläufer, 21. Juni 2010,  
<http://www.djv.de/SingleNews.20+M5a046792364.0.html>

Freischreiber, Freischreiber zum Leistungsschutzrecht: Eine Zwangsabgabe beantwortet die Frage nach der Finanzierung von Qualitätsjournalismus nicht, 21. März 2010,  
<http://www.freischreiber.de/home/freischreiber-zum-leistungsschutzrecht-eine-zwangsabgabe-beantwortet-die-frage-nach-der-finanzi>

GRUR, Stellungnahme der GRUR zur Anhörung des BMJ am 28. Juni 2010 zum Thema „Leistungsschutzrecht für Verleger“, 5. Juli 2010, GRUR 2010, 808 =  
[http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2010/2010-07-05\\_GRUR\\_Stn\\_Anhrung\\_BMJ\\_Leistungsschutzrecht\\_Verleger.pdf](http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2010/2010-07-05_GRUR_Stn_Anhrung_BMJ_Leistungsschutzrecht_Verleger.pdf)

VPRT, Hintergrundpapier und Forderungen – Widgets und hybride Empfangsgeräte –, 28. Januar 2010,  
[http://www.vprt.de/get\\_asset\\_file.php?mid=19&file=o\\_document\\_20100127182829\\_doc\\_2010\\_01\\_28\\_Hintergrundpapier\\_Widgets\\_FINAL.pdf](http://www.vprt.de/get_asset_file.php?mid=19&file=o_document_20100127182829_doc_2010_01_28_Hintergrundpapier_Widgets_FINAL.pdf)



# RECHTSDURCHSETZUNG

## I. DER ZWEITE WORKSHOP

Der zweite Workshop befasste sich mit der Problematik der Rechtsdurchsetzung im Internet. Das am 1. September 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>91</sup>, mit dem der Gesetzgeber die Enforcement-Richtlinie<sup>92</sup> in nationales Recht umsetzte, brachte auch im Bereich des Urheberrechts Erleichterungen bei der Verfolgung von Rechtsverletzungen. So wurde in § 101 Abs. 2 UrhG die Möglichkeit geschaffen, von Internet-Providern Auskunft über die Identität solcher Nutzer zu verlangen, die mittels der Dienstleistung der Provider Urheberrechtsverletzungen begangen haben. In § 97a Abs. 2 UrhG wurde der Ersatzanspruch für die erstmalige Abmahnung in einfach gelagerten Fällen bei nur unerheblicher Rechtsverletzung auf 100 € beschränkt, um Privatpersonen davor zu bewahren, in Bagatellfällen „überzogene Anwaltshonorare bezahlen zu müssen“<sup>93</sup>.

Freilich ist auch nach dem Inkrafttreten der Neuregelungen die Kritik nicht verstummt. Ein Auskunftsanspruch gegenüber Providern droht ins Leere zu laufen, soweit diese die Daten der Nutzer nicht vorrätig halten. Es ist umstritten, wie weit die Pflichten der Internetprovider gehen sollen. Im Rahmen der aktuellen Verhandlungen über das internationale Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) wird offenbar erwogen, die Haftung von Internet Providern nach dem Vorbild bilateraler Handelsverträge der USA auszudehnen. Eine „abgestufte Erwiderung“ auf Urheberrechtsverstöße in Form eines „Three-Strikes-Out-Verfahrens“ ist im Gespräch.

Während eines Expertenworkshops am 14. April 2010 analysierten die Hamburger Wissenschaftler die Schwächen der derzeitigen Durchsetzungsmechanismen und erarbeiteten verschiedene Optionen, wie die Regeln zur Durchsetzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten optimiert werden können. Das Thema wurde anschließend auf einem Praxisworkshop am 18. Mai 2010 in Hamburg mit Vertretern betroffener Branchen, insbesondere aus der Musik- und Filmwirtschaft, der IT-, Telekommunikations- und Neue-Medien-Branche sowie Vertretern der Rechteinhaber diskutiert. Die Medienwirtschaft lieferte dabei wertvolle Hinweise und Anmerkungen, die in die in diesem Analysepapier vorgeschlagenen Optionen einfließen.

## II. FAKTENLAGE

Die Problemanalyse und die Entwicklung von Handlungsoptionen setzt eine Beschreibung der Problemlage voraus, die möglichst differenziert sein, also nach Branchen, Verbreitungswegen und Nutzungsformen unterscheiden sollte. Dies ist bislang nur in Ansätzen möglich, vor allem für die Produkte der Musikwirtschaft liegen Zahlen vor.

---

<sup>91</sup> BGBl. I S. 1191.

<sup>92</sup> Richtlinie 2004/48/EG vom 29.04.2004 (ABl. Nr. L 195 v. 02.06.2004, S. 16).

<sup>93</sup> Amtliche Begründung, BT-Drs. 16/5048, S. 48.

Daten gibt es für die Zahl von Verletzungshandlungen etwa in Form von illegalen Downloads, wobei gerade bei Daten aus dem Ausland zu prüfen ist, ob wirklich nur nach deutschem Recht illegale Vorgänge gezählt wurden (nicht jedes Filesharing ist rechtswidrig).

Erhoben wird in der Regel nur der Umfang der Verletzungshandlungen, schon hier hat die Erhebung mit dem Problem jeder Dunkelzifferforschung zu kämpfen. Es sind wenige Daten über den Kontext verfügbar, etwa zu

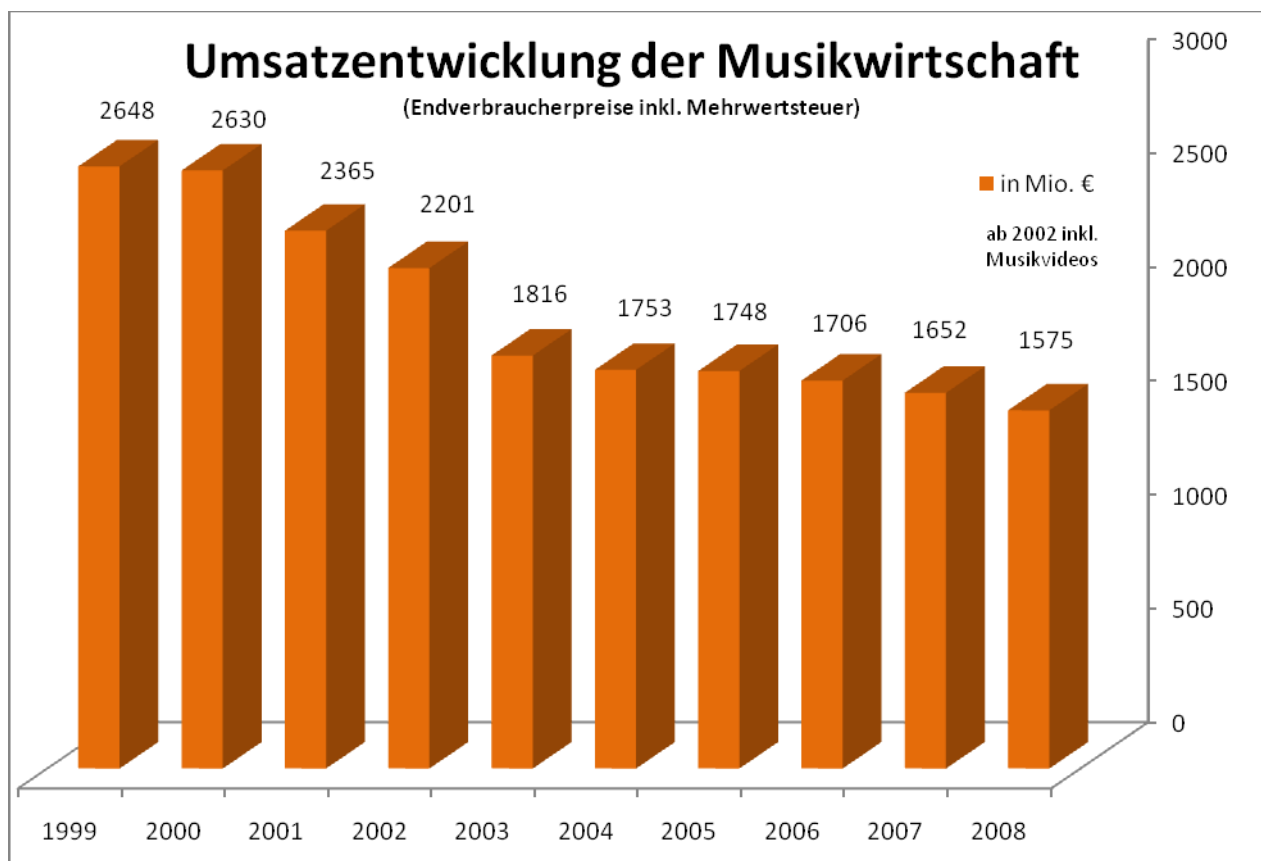
- Kenntnis der rechtlichen Regeln,
- Akzeptanz der rechtlichen Regeln,
- Motiven des Handelns,
- Handlung im Falle des Verschlusses der illegalen Quelle.

Dies macht es nicht nur schwer, die tatsächlichen Verluste zu beziffern, die illegale Nutzung verursacht (auch Branchenstudien gehen nicht davon aus, dass jede illegale Nutzung den Verlust des bei legaler Nutzung zu entrichtenden Entgelts bedeutet). Es fehlen auch Grundlagen zur Bewertung unterschiedlicher Handlungsoptionen. Der folgende Überblick ist daher auch notwendig lückenhaft.

## 1. Daten

Nimmt man die Musikwirtschaft als „Hauptbetroffene“, so steht fest, dass sie seit Jahren Umsatzrückgänge vermeldet; auch ein erheblicher Anstieg der Einnahmen durch Downloads konnte die Verluste im Verkauf physischer Tonträger noch nicht kompensieren.

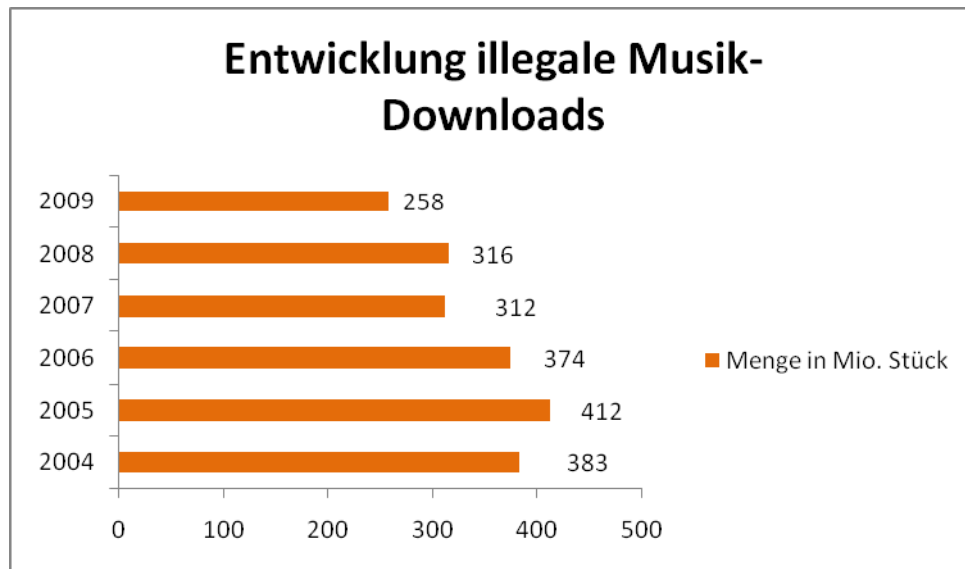
Abb. 1: *Umsatzentwicklung der Musikwirtschaft.*



Quelle: <http://www.musikindustrie.de/typo3temp/pics/e40121de74.jpg>

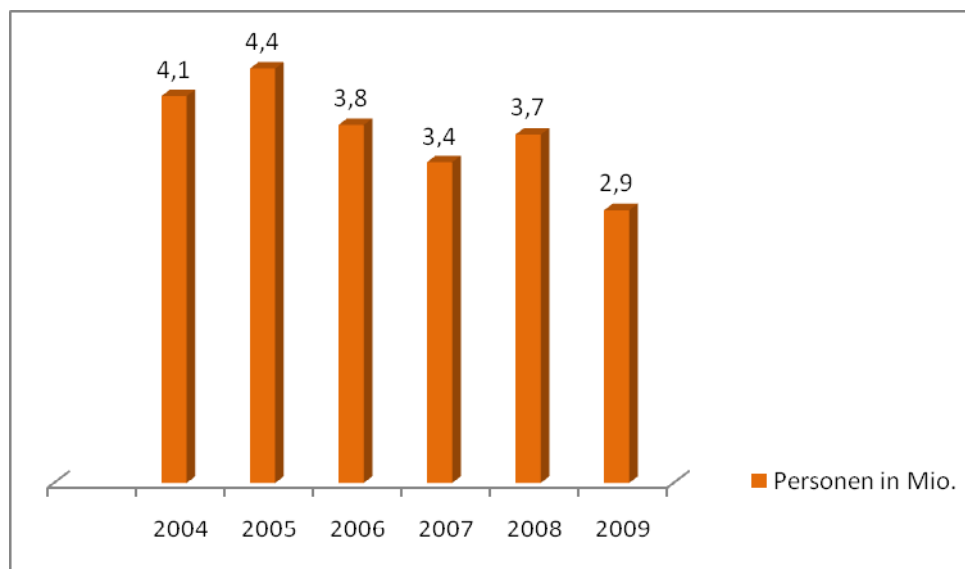
Eine der bekanntesten Untersuchungen ist die von der Gesellschaft für Konsumforschung im Auftrag der deutschen Musikwirtschaft erstellte Brennerstudie<sup>94</sup>. Danach ist die Zahl der illegalen Downloads im vergangenen Jahr auf 258 Millionen zurückgegangen, übersteigt aber die Zahl online verkaufter Musikstücke – trotz dessen Aufschwung – noch immer um ein Vielfaches.

Abb. 2.1: Entwicklung illegaler Musik-Downloads: Menge in Mio. Stück



Quelle: [www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente\\_zum\\_Download/100423\\_Brennerstudie\\_2010\\_Teilergebnisse\\_FINAL.pdf](http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente_zum_Download/100423_Brennerstudie_2010_Teilergebnisse_FINAL.pdf)

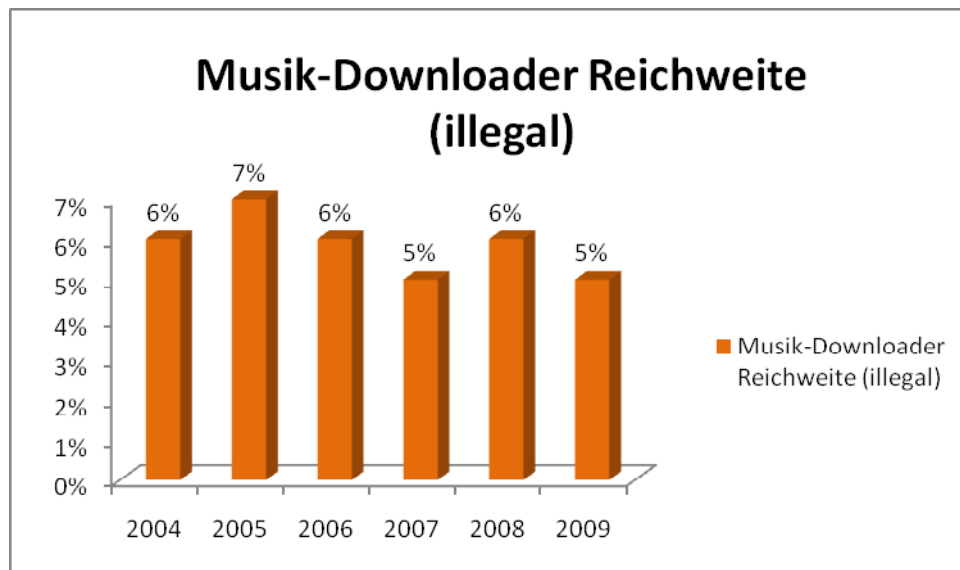
Abb. 2.2: Entwicklung illegaler Musik-Downloads: Personen, die angegeben haben, Musikdownloads aus Tauschbörsen, Sharehostern usw. getätigt zu haben



Quelle: [http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente\\_zum\\_Download/100423\\_Brennerstudie\\_2010\\_Teilergebnisse\\_FINAL.pdf](http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente_zum_Download/100423_Brennerstudie_2010_Teilergebnisse_FINAL.pdf)

94 Überblick über die Ergebnisse unter [http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente\\_zum\\_Download/100423\\_Brennerstudie\\_2010\\_Teilergebnisse\\_FINAL.pdf](http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente_zum_Download/100423_Brennerstudie_2010_Teilergebnisse_FINAL.pdf).

Abb. 2.3: Entwicklung illegaler Musik-Downloads: Musik-Downloader Reichweite<sup>95</sup>



Quelle: [http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente\\_zum\\_Download/100423\\_Brennerstudie\\_2010\\_Teilergebnisse\\_FINAL.pdf](http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente_zum_Download/100423_Brennerstudie_2010_Teilergebnisse_FINAL.pdf)

Möglicherweise ist der Rückgang auf eine deutliche Erhöhung der Zahl von Abmahnungen zurückzuführen, die offenbar insbesondere nach Einführung des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs zum 1. September 2008 eingesetzt hat.

Auch die Untersuchung der OECD greift auf Daten zu, die ihr von den Branchen zur Verfügung gestellt werden, und bestätigt die genannten Befunde<sup>96</sup>.

Wie oben dargestellt, ist die Bezifferung der Auswirkungen illegaler Nutzung auf Umsätze und Gewinne in einer Branche schwierig. Der Bundesverband der Musikwirtschaft rechnet selbst damit, dass 10-20% der illegal erworbenen Musikstücke ohne diese Möglichkeit legal erworben worden wären. Eine solche eher niedrige Annahme ist auch vor dem Hintergrund der Überlegung plausibel, dass illegale Bezüge durchaus einen legalen Kauf desselben Produktes nicht ausschließen.

Die aktuell von Tera Consulting im Auftrag der International Chamber of Commerce's BASCAP Initiative durchgeführte Studie gibt selbst an, dass die Angaben wie die 1,2 Milliarden Euro Verlust der deutschen Kreativindustrie 2008 und der prognostizierte Arbeitsplatzverlust von 1,2 Millionen europaweit bis 2015 durch illegales Filesharing auf worst case-Szenarien beruhen<sup>97</sup>.

Dagegen mangelt es an Daten zur Motivation der Nutzer. In der Brennerstudie gaben 4 Prozent der Befragten an, für sie sei der Download von Musik kein Diebstahl, da der Song auch danach noch vorhanden sei. Einer von BITKOM, dem Verband der IT-, Telekommunikations- und Neue-Medien-Branche, in Auftrag gegebenen Studie zufolge ist das Raubkopieren von Musik, Filmen oder Software für 25 Prozent der Deutschen akzeptabel<sup>98</sup>. Auf diese Befunde wird bei der Untersuchung der sozialen Normen zurückzukommen sein.

<sup>95</sup> Anteil an der Bevölkerung ab 10 Jahren.

<sup>96</sup> Etwa Piracy of Digital Content, 2009, aufrufbar unter <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/9309061E.PDF>.

<sup>97</sup> Tera Consulting, Building a Digital Economy, 2010.

<sup>98</sup> Vgl. MMR-Aktuell 2010, 302564.

Interessant wären Erhebungen zu den Fragen, was sie von einem illegalen Download abhalten würde, welche Sanktionsdrohung abschreckend wäre oder was sie zu zahlen bereit wären. Anhand der Ergebnisse könnte eine Strategie für eine nachhaltige Veränderung des Nutzerverhaltens erreicht werden, insbesondere durch Information und Aufklärung.

## 2. Branchenspezifische Differenzierung

Die einzelnen Branchen, beispielsweise Musik- und Filmwirtschaft, Buch- und Zeitschriftenverlage, Software- und Gamesunternehmen, sind durch Rechtsverletzungen unterschiedlich stark betroffen, so dass auch bei der Bewertung verschiedener Optionen eine differenzierte Betrachtung angezeigt ist.

Je mehr in Bezug auf die einzelnen Werkarten eine Interaktion erforderlich ist, desto weniger reicht für den Nutzer eine Kopie aus, die er auch illegal erwerben kann, und desto eher lassen sich alternative Geschäftsmodelle entwickeln. Derartige Geschäftsmodelle gibt es etwa in der Games-Branche. Sie setzen die Online-Registrierung eines mittels physischer Datenträger übermittelten Spiels voraus. Dies stellt offenbar einen effektiveren Schutz vor illegalem Zugang dar, obwohl natürlich auch hier gecrackte Versionen kursieren. Die Rechtmäßigkeit dieses Modells wurde jüngst vom Bundesgerichtshof<sup>99</sup> bestätigt. Ein weiteres Geschäftsmodell besteht darin, die Grundversion von Spielen kostenlos, das (virtuelle) Zubehör oder sonstige weitere Programmfunktionen dagegen zum entgeltlichen Erwerb anzubieten. Das führt dazu, dass manche Nutzer sich mit der Grundversion begnügen und nichts bezahlen, während sich der Anbieter durch die Beiträge derjenigen Nutzer finanziert, die eine bessere Ausstattung wünschen.

## III. BETROFFENE DIENSTE, ERLÖS- UND GESCHÄFTSMODELLE

### 1. Überblick

Es gibt zahlreiche Kanäle, über die Raubkopien verbreitet werden können. In Betracht kommt etwa der klassische Austausch im Familien- oder Freundeskreis durch Versand der Dateien per Mail (wegen der Datenmengenbegrenzung der Provider eher selten) usw. Maßgebliche Bedeutung kam und kommt zu einem gewissen Teil immer noch peer-to-peer (P2P)-Netzwerken zu, bei denen Rechner miteinander verbunden werden und die auszutauschende Datei direkt von Rechner zu Rechner übertragen wird. Im Gegensatz dazu bietet beim Client-Server-Modell ein Server einen Dienst an, den der Client nutzt. Eine immer größere Rolle spielen dabei Share- oder auch One-Click-Hoster. Dabei handelt es sich um Internetdiensteanbieter, bei denen der Anwender Dateien unmittelbar und ohne vorherige Anmeldung speichern kann. Der Upload erfolgt meist direkt über die Internetseite des Anbieters, zusätzliche Übertragungsprogramme sind nicht erforderlich.

---

<sup>99</sup> BGH GRUR 2010, 822 – Half-Life 2.



Größer als der Traffic in P2P-Netzwerken ist zudem mittlerweile derjenige auf Streaming-Seiten. Weitere Verbreitungswege sind beispielsweise Verzeichnisdienste, Blogs, Foren und soziale Netzwerke.

Während ursprünglich das Filesharing im Mittelpunkt der Kritik stand, lässt das veränderte Nutzungsverhalten mittlerweile das Streaming als besonders problematisch erscheinen, wobei beide Formen nicht für alle Nutzungen austauschbar sind.

## 2. Filesharing

Beim Filesharing stellen Host-Provider Dritten Serverplatz zur Hinterlegung von Dateien zur Verfügung. Die Nutzer, deren Anonymität meist gewährleistet ist, können ihre Daten vollautomatisch auf die Server hochladen. Als besonders bedrohlich werden One-Click-Hoster angesehen, denn hinter ihnen wird von den Rechtsinhabern ein Geschäftsmodell verortet, das auf dem Austausch oft illegaler Inhalte aufbaut. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat festgestellt, dass ein Geschäftsmodell von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden könne, das es ermöglicht, anonym in Pakete zerlegte, gepackte und mit Kennwort gegen den Zugriff geschützte Dateien hochzuladen und dadurch der massenhaften Begehung von Urheberrechtsverletzungen wissentlich Vorschub leistet<sup>100</sup>.

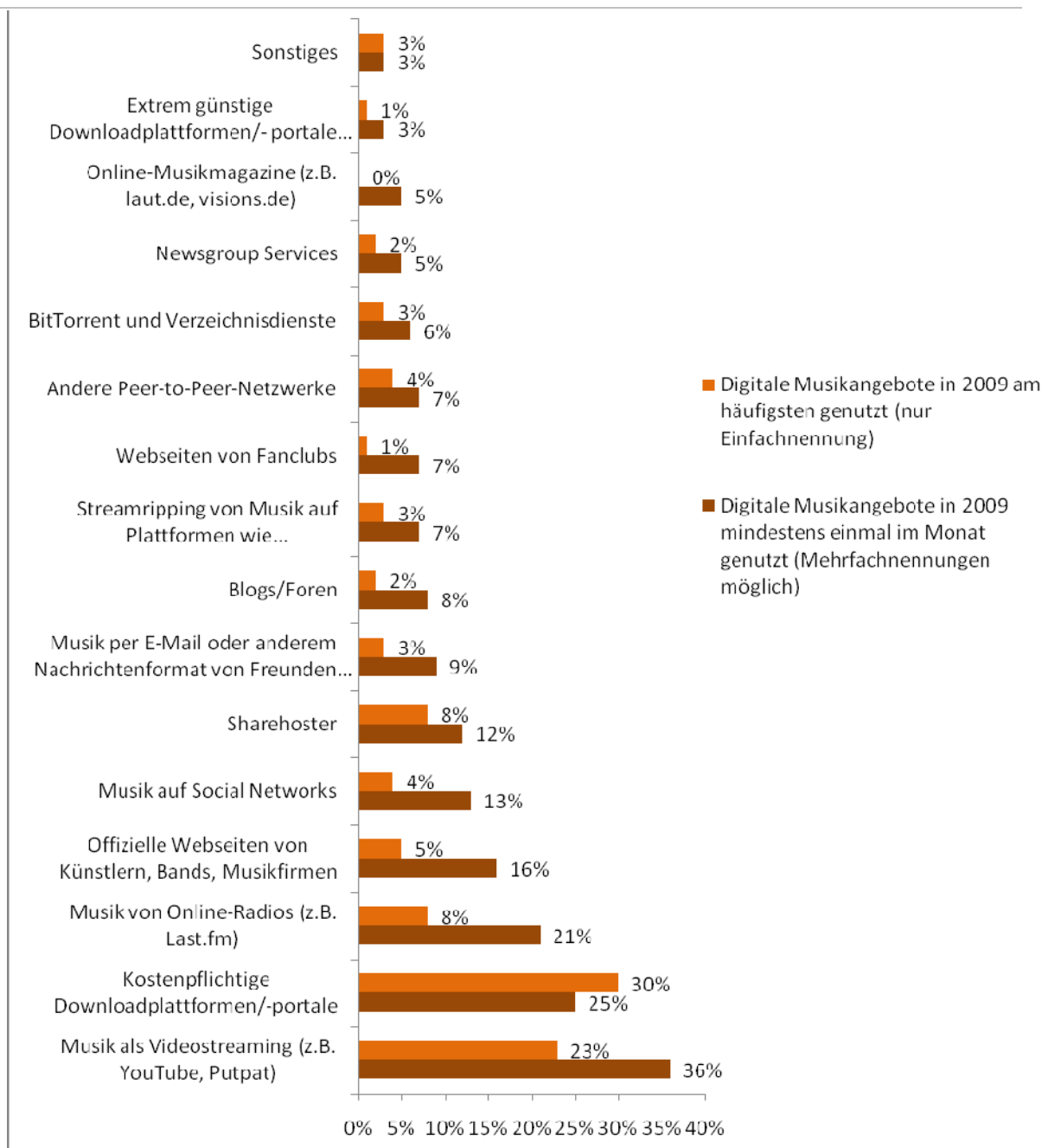
## 3. Streaming

Es zeichnet sich der Trend ab, dass die relevante Nutzung von Werken nicht mehr im Bereich der Vervielfältigung, sondern im Bereich des Streamings liegt. In der Brennerstudie gaben 23 Prozent der Befragten an, Streaming-Plattformen am häufigsten als Bezugsquelle digitaler Musik zu nutzen, während der Anteil der Nutzer von P2P-Netzwerken bei nur 4 Prozent liegt.

---

<sup>100</sup> HansOLG ZUM-RD 2008, 527 – Rapid Share I, anders aber aktuell OLG Düsseldorf ZUM 2010, 600.

Abb. 3: Bezugsquellen digitaler Musikangebote



Quelle: GfK Panel Services, <http://www.musikindustrie.de/typo3temp/pics/a652fb38ef.jpg>

Die Nutzer verzichten immer mehr auf eine eigene digitale Kopie, sondern greifen auf die stets vorhandenen Inhalte stets aufs Neue zu.

Streaming ist der Empfang und die Wiedergabe von Audio- und/oder Videodaten aus Rechnernetzen, die zeitgleich erfolgen. Die Übertragung ist entweder in Echtzeit als Live-Stream oder auf Anforderung des Nutzers als On-Demand-Stream möglich. Eine dauerhafte Speicherung der Daten auf dem empfangenden Rechner erfolgt dabei nicht<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Vgl. Koch, Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren, GRUR 2010, 574.

Ein Grund dafür, dass Streaming-Portale wie etwa YouTube mittlerweile als Bezugsquelle von Musik relevanter als Tauschbörsen sind, liegt etwa darin, dass dort keine Schadsoftware oder absichtlich fehlerhaft betitelte Files übertragen werden. Aus den dort verfügbaren Videos lässt sich mittels Browser-Zusatzsoftware in – je nach Qualität des Ausgangsmediums – relativ hoher Qualität eine Tonspur extrahieren. Nicht immer liegt dabei jedoch ein Fall von illegaler Nutzung vor: Manche Labels stellen zu Marketingzwecken auch freiwillig ihre Musikvideos ein (für die flüchtige Nutzung, ohne damit Streamripping<sup>102</sup> zuzustimmen). Die Grenze zwischen Marketing und Piraterie verschwimmt jedenfalls.

Nicht jede illegale Nutzungsform hat die gleichen Auswirkungen für die Industrie. Insbesondere im Bereich der Filmwirtschaft wird zwischen „Top level piracy“ und „Mass scale piracy“ unterschieden. So ist – naheliegender Weise – der wirtschaftliche Schaden vor dem Release eines Films oder unmittelbar in zeitlichem Zusammenhang erheblich größer, als bei einer illegalen Nutzung in der Phase der Massen-Distribution.

#### IV. URHEBERRECHTSDURCHSETZUNG IM SPANNUNGSFELD VON SOZIALEN NORMEN UND RECHT

Es gehört zum Grundbestand rechtssoziologischen Wissens, dass die Befolgung von Rechtsnormen nur zu einem geringen Teil auf der Wirkung von Kontrolle und Sanktionen beruht, sondern überwiegend dadurch gesichert wird, dass soziale Normen und Rechtsnormen übereinstimmen und sich die Bürger daran halten, was die sozialen Normen vorgeben<sup>103</sup>. Dabei ist das Verhältnis zwischen sozialen Normen<sup>104</sup> und rechtlichen Normen zunächst einmal völlig offen, die Rechtsnormen können bestehende soziale Normen formal abstützen, es sind aber auch Widersprüche zwischen beiden Normsystemen möglich<sup>105</sup>.

Ein weiterer wohl unstreitiger rechtssoziologischer Befund ist, dass die 100-%ige reale Geltung rechtlicher Normen den unwahrscheinlichen Ausnahmefall darstellt. Das Normsystem selbst kann Erwartungen formulieren, welche Toleranzspielräume akzeptabel sind, wie hoch die „Effektivitätsquote“ sein muss<sup>106</sup>. Ist in bestimmten Bereichen die Effektivitätsquote außergewöhnlich gering, kann dies für das Recht prekär werden. Damit wird der normative Geltungsanspruch untergraben<sup>107</sup> – dies kann entweder durch Maßnahmen zur Erhöhung der Effektivität (Erhöhung der Kontrolldichte, Verschärfung der Sanktionen) überbrückt werden oder durch „Aufklärung“, wenn es etwa an Normkenntnis fehlt; auf der anderen Seite ist es natürlich auch denkbar, dass sich das Recht der Realität anpasst, insbesondere dann, wenn die

---

<sup>102</sup> Dazu Koch, GRUR 2010, 574 (575).

<sup>103</sup> Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2007, S. 175 f.

<sup>104</sup> Siehe zu diesem Konzept grundlegend Opp, Die Entstehung sozialer Normen, 1983. Wenn man auch Rechtsnormen als soziale Normen ansieht (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2007, S.175), müsste man hier von „anderen“ oder nicht-formalen sozialen Normen sprechen.

<sup>105</sup> Instruktiv zu den Wechselwirkungen Cooter, Journal of Legal Studies, S. 27, 585 ff.; Parisi/Wangenheim, Legislation and Countervailing Effects of Social Norms, in: Schubert/Wangenheim (Hrsg.), The Evolution of Designed Institutions.

<sup>106</sup> Vgl. etwa Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2007, S. 240 f.

<sup>107</sup> Es geht ja gerade um die kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen, vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, Band 1, 1972, S. 53ff.

Nichtbefolgung auf mangelnde Akzeptanz des normativ Gesollten basiert. In diesem Falle kann der Norm materiell der demokratische Rückhalt fehlen.

Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls interessant, sich über das Verhalten und die Einstellung von Bürgern zur rechtswidrigen Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte zu informieren. Anders als zu den schlichten Zahlen unterschiedlicher – tatsächlich oder vermeintlich rechtswidriger – Nutzungsformen gibt es nur wenige Untersuchungen, die auch die Akzeptanz versuchen differenziert abzubilden. Zu diesem gehört eine Studie des IViR aus dem Jahre 2006<sup>108</sup>. Zu diesem Zeitpunkt und bezogen auf die Niederlande gaben über 50% der Nutzer an an, regelmäßig illegale Formen der Nutzung zu praktizieren, obwohl ein überwiegender Anteil das Urheberrecht und seinen Schutz grundsätzlich anerkannten (vergleichbar den Ergebnissen der deutschen Brennerstudie).

Interessant ist dabei, dass – Bezugspunkt waren hier Studierende – bei dem „Tauschen“ von urheberrechtlich geschütztem Material in Peer-to-Peer Netzwerken unterschiedliche soziale Normen eine Rolle spielten, die mit einander in Konflikt geraten, nämlich der Anspruch, den urheberrechtlichen Normen zu genügen, aber auch, dass man mit anderen „Peers“ solidarisch tauscht, was man hat. In den Studierenden-Communities überwog die letztere Norm gegenüber der, die eine Befolgung der urheberrechtlichen Regelungen gebot. Schließlich ist interessant, dass die Studie einen Zusammenhang feststellt zwischen der Einschätzung, illegale Formen des Tausches ethisch akzeptabel zu finden, und der Einstellung legalen kommerziellen Angeboten gegenüber. Nutzer, die der Überzeugung waren, das kommerzielle Angebot sei zu begrenzt, zu teuer oder zu unkomfortabel in der Nutzung, gehen mit höherer Wahrscheinlichkeit davon aus, dass illegale Nutzungsformen ethisch akzeptabel sind.

Diese Befunde sind – auch schon wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Position der Urheber – nicht schlicht ein Argument dafür, das Recht den sozialen Normen anzupassen, sie sollten aber bekannt sein, wenn die Urheberrechtsordnung neu akzentuiert wird. Praktisch bedeutet dies beispielsweise, dass die Gestaltung der kommerziellen Angebote größeren Einfluss auf die sozialen Normen („es ist o.k., aus illegalen Quellen zu kopieren“) hat, als möglicherweise durch höhere Kontrollen und härtere Sanktionen bewirkt werden kann.

Einige Stellungnahmen von Vertretern von Rechteinhabern auf dem Experten-Workshop machten deutlich, dass jedenfalls Teile der Branche dies bereits reflektiert und selbst ein differenziertes Konzept der Reaktion bevorzugen (Sanktionen für „kommerzielle Piraten“, Warnungen und andere Lernanreize für private Nutzer). Ein Befund der Arbeit der Innovationswerkstatt ist allerdings auch, dass differenzierte Erhebungen zu diesem Bereich für Deutschland fehlen und insofern die Entwicklung eines Ordnungsrahmens nur auf Plausibilitäten gestützt werden kann.

---

<sup>108</sup> Institute for Information Law, University of Amsterdam, The recasting of copyright and & related rights for the knowledge economy, S. 197 ff. Aktuell: V. Eijk / Poort / Rutten, Legal, Economic and Cultural Aspects of File Sharing, Communications & Strategies, 2010-77, S. 35 ff.

## V. DAS GELTENDE RECHT

### 1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

#### a) *Eigentumsrecht der Urheber*

Das Urheberrecht genießt in Bezug auf seine vermögenswerten Bestandteile den Schutz der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG<sup>109</sup>. Im Rahmen der Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG kommt dem Gesetzgeber ein Ausgestaltungsspielraum zu. Zudem ist die Gemeinwohlbindung gemäß Art. 14 Abs. 2 GG zu beachten.

Das Eigentumsrecht des Urhebers ist mit entgegenstehenden Grundrechten und anderen verfassungsrechtlich geschützten Interessen abzuwägen. Zwar ist nicht – wie gelegentlich zu lesen – die Informationsfreiheit betroffen, wenn der Gesetzgeber den Zugang zu Werken ausschließlich dem Urheber zu steuern überlässt, denn das Grundrecht gewährleistet nur das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Allerdings können etwa Berichterstattungsinteressen der Medien oder die Verhinderung von Informationsmonopolen den Gesetzgeber zur Beschränkung ermächtigen oder sogar in gewissem Umfang verpflichten.<sup>110</sup> Da in der Wissensgesellschaft die Bedeutung des Informationszugangs zunimmt, werden auch die Schrankenregelungen in ihrer Relevanz aufgeladen.

#### b) *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*

Der Speicherung von Nutzerdaten zur Rechtsdurchsetzung werden durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG folgt<sup>111</sup>, Grenzen gesetzt. Der Grundrechtsträger hat danach die Befugnis, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. In Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten kann der Staat verpflichtet sein, zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch privaten Aktivitäten Schranken zu setzen<sup>112</sup>. Allerdings ist angesichts der Gefährdungen hinsichtlich der Dokumentation und Manipulation digitalisierter personenbezogener Informationen im Internet fraglich, inwieweit im Hinblick auf einen effektiven Grundrechtsschutz auf diesem Gebiet ein Unterschied zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Gefährdungen zu machen ist. Auch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG kann betroffen sein, wenn Dritte von dem Inhalt oder Umständen elektronischer Kommunikation Kenntnis erhalten.

---

<sup>109</sup> BVerfGE 31, 229 – Kirchen- und Schulgebrauch.

<sup>110</sup> Kreutzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008, S. 158 ff.

<sup>111</sup> BVerfGE 65, 1.

<sup>112</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 56. Ergänzungslieferung 2009, Art. 2 Rn. 189.

## 2. Überblick über die einfachgesetzliche Rechtslage

### a) *Zivilrechtliche Ansprüche des Rechtsinhabers*

Dem Urheber bzw. Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte stehen im Falle der Verletzung von Urheber- oder Leistungsschutzrechten insbesondere Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz gemäß § 97 UrhG zu. Um diese Ansprüche überhaupt geltend machen zu können, ist er darauf angewiesen, Klarheit über die Person des Verletzers zu erlangen. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums am 1. September 2008 steht ihm daher mit § 101 Abs. 2 UrhG ein Auskunftsanspruch auch gegen Internet-Provider zur Seite. Nach dieser Vorschrift ist der Provider unter bestimmten Voraussetzungen u. a. verpflichtet, Angaben über Namen und Anschrift der Nutzer seiner Dienstleistungen sowie die Menge der erhaltenen Vervielfältigungsstücke zu machen.

Hat der Rechtsinhaber danach den Verletzer in Erfahrung gebracht, soll er ihn gemäß der ebenfalls seit 1. September 2008 geltenden Vorschrift des § 97a Abs. 1 UrhG vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben und dadurch den Streit außergerichtlich beizulegen. In einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs sind die von dem Verletzer zu tragenden Kosten für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung gemäß § 97a Abs. 2 UrhG auf 100 € begrenzt.

Voraussetzung für Ansprüche ist natürlich, dass die Nutzung nicht Ausdruck der Schranken ist; hier kommt vor allem die immer noch umstrittene Privatkopie-Schranke des § 53 Abs. 1 UrhG in Betracht. Danach sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes zum privaten Gebrauch zulässig. Der zweite Korb hat die Begrenzung modifiziert, nun kommt es darauf an, dass nicht eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.<sup>113</sup> Damit sollte der „Download“ aus Tauschbörsen eindeutiger als durch die Vorgängerregelung erfasst werden. Ob es gelungen ist, so alle relevanten Formen klarer zu erfassen, bleibt abzuwarten.

### b) *Providerhaftung*

Da die Rechteinhaber häufig nicht in der Lage sind, gegen den Verletzer vorzugehen, ist für sie eine Inanspruchnahme der Provider das effektivere Mittel zur Rechtsdurchsetzung.

Die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG erfasst nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung. Unterlassungsansprüche bleiben von dieser Vorschrift dagegen unberührt<sup>114</sup>.

Die Haftung des Host-Providers für Verletzungen des Urheberrechts über die von ihm betriebene Plattform bemisst sich nach den Grundsätzen der Störerhaftung. Danach kann auch derjenige in Anspruch genommen werden, der – ohne selbst Verletzer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines absoluten Rechts beiträgt, sofern

<sup>113</sup> Vgl. etwa Spindler, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, 9.

<sup>114</sup> BGH ZUM 2007, 533 (534).

es ihm rechtlich und tatsächlich möglich sowie zumutbar ist, die unmittelbare Rechtsverletzung zu unterbinden bzw. zu verhindern<sup>115</sup>.

Das Hanseatische Oberlandesgericht hat in seinen „Rapidshare“-<sup>116</sup>-Urteilen jedoch entschieden, dass die Begrenzungen von Prüfungspflichten nicht eingreifen, wenn der Betreiber ihm zumutbare und naheliegende Möglichkeiten, die Identität des Nutzers zum Nachweis einer etwaigen Wiederholungshandlung festzustellen, willentlich und systematisch ungenutzt lässt<sup>117</sup>. Zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen ist der Betreiber eines Share-Hosting-Dienstes etwa verpflichtet, diejenigen Nutzer, die in der Vergangenheit bereits Inhalte unter Verletzung von Urheberrechten hochgeladen haben, auch zukünftig intensiv und wirkungsvoll zu überprüfen<sup>118</sup>.

Grundsätzlich anders hat dies jüngst das OLG Düsseldorf entscheiden<sup>119</sup>. Rapidshare selbst mache die hochgeladenen Dateien nicht öffentlich zugänglich und lasse diese auch nicht öffentlich zugänglich machen. Das bloße „Zulassen“ eines Verhaltens Dritter könne Rapidshare jedoch nicht untersagt werden. Rapidshare hafte auch nicht als Störer für Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer. Eine manuelle Überprüfung der hochgeladenen Dateien sei Rapidshare nicht zumutbar und die automatisierte Überprüfung von Dateien sei größtenteils ungeeignet.

Angesichts dieser divergierenden obergerichtlichen Rechtsprechung ist die Rechtslage daher für Provider derzeit unklar.

Für Haftung der Access-Provider gibt es keine gesetzliche Grundlage, eine Haftung wurde daher nur im Ausnahmefall anerkannt<sup>120</sup>.

### *c) Strafrechtliche Sanktionen*

Gemäß § 106 UrhG ist die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke auch strafbar. Allerdings sehen die Staatsanwaltschaften oftmals von einer Strafverfolgung ab. Der Verletzte hat nach § 406e StPO ein Akteneinsichtsrecht und kann auf diesem Weg die Identität des Verletzers in Erfahrung bringen, um seine zivilrechtlichen Interessen durchzusetzen<sup>121</sup>.

## **3. Potenzielle Schutzlücken**

### *a) Nachweis*

Schutzlücken können einerseits daraus resultieren, dass die Reichweite des Auskunftsanspruchs gemäß § 101 Abs. 2 UrhG umstritten ist. Fraglich ist etwa, wann die Rechtsverletzung ein gewerbliches Ausmaß erreicht. Die Rechtsprechung erachtet etwa bereits das einmaliges Herauf- oder Herunterladen eines Musikalbums in der verkaufsrelevanten Phase als

---

<sup>115</sup> BGH ZUM 2008, 685 (689) – Internet-Versteigerung III.

<sup>116</sup> Rapidshare ist ein sog. One-Click-Hoster, vgl. zum Begriff oben S. 13.

<sup>117</sup> HansOLG ZUM 2010, 440 – Rapid Share II.

<sup>118</sup> HansOLG ZUM 2010, 440 (447) – Rapid Share II.

<sup>119</sup> OLG Düsseldorf ZUM 2010, 600.

<sup>120</sup> Vgl. etwa HansOLG MMR 2009, 631 – Usenet I.

<sup>121</sup> Zum Ganzen Esser, Urheberrechtsverletzungen durch Tauschbörsennutzer im Internet. Zum Akteneinsichtsrecht des Verletzten nach § 406e StPO, GA 2010, 65; Kondziela, Staatsanwälte als Erfüllungsgehilfen der Musik- und Pornoindustrie? Akteneinsicht in Filesharing-Verfahren, MMR 2009, 295.

Rechtsverletzung im gewerblichen Ausmaß<sup>122</sup>. Zweifelhaft ist an diesem Kriterium insbesondere, dass bekannte Künstler ihre Rechte vermutlich besser durchsetzen können, denn bei ihnen wird eine längere relevante Verkaufsphase unterstellt.

Problematisch ist weiterhin, dass die Provider meist die Nutzerdaten nicht speichern, so dass der Auskunftsanspruch ins Leere läuft. Über die in § 96 TKG genannten Zwecke<sup>123</sup> hinaus sind die Provider wohl nicht zur Speicherung berechtigt.<sup>124</sup>

Probleme können sich auch aus der Darlegungs- und Beweislast ergeben. Will der Rechtsinhaber einen Verletzer zivilrechtlich in Anspruch nehmen, muss er unter anderem in der Lage sein, eine lückenlose Rechtekette darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen<sup>125</sup>. Er muss also dokumentieren können, dass vom Urheber ausgehend zwischen allen zwischenzeitlichen Erwerbern des Nutzungsrechts jeweils eine wirksame Lizenzvereinbarung besteht, was insbesondere bei einer Vielzahl von Beteiligten und bei lange zurückliegenden Verträgen schwierig ist.

#### *b) Abmahnkosten*

Unbilligkeiten können sich für Urheber ergeben, deren Werke rechtswidrig, aber nicht massenhaft genutzt werden. Handelt es sich um einen einfach gelagerten Fall einer nur unerheblichen Rechtsverletzung, können sie ihre Rechtsverfolgungskosten nicht über eine Massenabmahnung refinanzieren. Sie müssen dann einen Teil ihrer Aufwendungen selbst tragen und könnten aus diesem Grunde von der Rechtsdurchsetzung abgehalten werden<sup>126</sup>. Allerdings ist nach wie vor unklar, in welchen Fällen die Kostenersatzdeckelung greift.

#### *c) Rechtsverletzung bei Streaming*

Oben wurde gezeigt, dass Musikstücke und audiovisuelle Medien derzeit zunehmend über Streaming-Technologien genutzt werden, P2P-Filesharing-Systeme nehmen an Bedeutung ab. Es ist allerdings umstritten, ob das Abrufen eines Streams überhaupt eine urheberrechtlich relevante Nutzung darstellt<sup>127</sup>. Hier besteht Klarstellungsbedarf.

#### *d) Unklare Normtexte*

Einige der Vorschriften können wie unter anderem die novellierte Fassung der Privatkopieregelung immer noch Anlass zu Auslegungstreit geben, der die Rechtsdurchsetzung im Ergebnis behindern kann. So ist etwa unklar, wann eine Vorlage i. S. d. § 53 Abs. 1 UrhG „offensichtlich“ rechtswidrig hergestellt oder öffentlich zugänglich gemacht ist. Ein großer Ausle-

<sup>122</sup> Beispielsweise OLG Schleswig GRUR-RR 2010, 239.

<sup>123</sup> Etwa die Datenerhebung zu Zwecken der Abrechnung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses oder zur Störungsbehebung.

<sup>124</sup> Vgl. aber LG Hamburg GRUR-RR 2009, 390, das eine Verpflichtung der Speicherung auf Zuruf annimmt, um eine treuwidrige Umgehung des Auskunftsanspruchs zu vermeiden. Jedenfalls ist die Rechtslage nicht eindeutig.

<sup>125</sup> Dazu Möller, Darlegungs- und Beweislast bei Filesharing-Fällen, NJW 2010, aktuell Heft 13, 12.

<sup>126</sup> Ewert/v. Hartz, Die Abmahnung im Urheberrecht auf dem Weg in die Bedeutungslosigkeit?, ZUM 2007, 450 (453 f.).

<sup>127</sup> Dazu etwa Radmann, Kino.ko – Filmegucken kann Sünde sein, ZUM 2010, 387; Koch, Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren, GRUR 2010, 574 (575 ff.); Hullen, Illegale Streaming-Filmportale im Internet, ITRB 2008, 230.



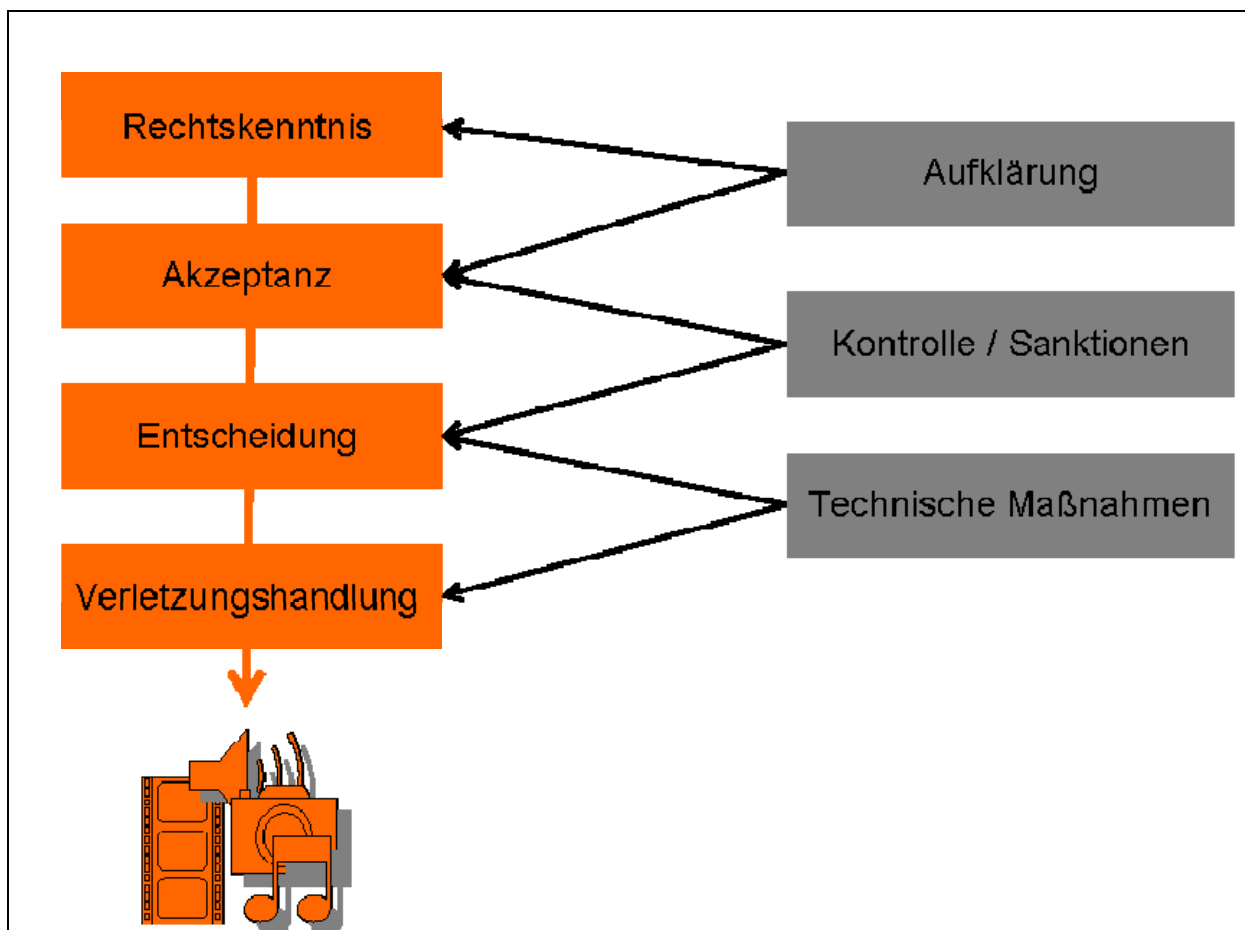
gungsspielraum besteht auch hinsichtlich der Frage, ob eine nur „unerhebliche Rechtsverletzung“ vorliegt und ein Fall „einfach gelagert“ ist (§ 97a Abs. 2 UrhG).

## VI. OPTIONEN

### 1. Verhältnis Rechteinhaber – Nutzer

Blickt man systematisch auf die Möglichkeiten, die Rechtsdurchsetzung zu verbessern, bietet es sich an, die Stufen bis zur Verletzungshandlung eines Nutzers zu betrachten. Der Staat (und andere Akteure wie die Rechteinhaber selbst) kann auf diesen unterschiedlichen Ebenen aktiv werden.

Abb. 4: Reaktionsebenen des Enforcement



#### a) Verhinderung von Rechtsverletzungen durch technische Maßnahmen

Am effektivsten könnten die Rechte der Urheber geschützt werden, wenn die Rechtsverletzung technisch ausgeschlossen werden könnte. Eine diskutierte (und genutzte) Reaktionsmöglichkeit ist daher im Bereich technologischer Maßnahmen zu suchen, so etwa die Implementation von Technologien, die Inhalte im Netz erkennen können und entsprechend etwa die

Grundlage für Filterungen bilden. Dazu gehören Hashing<sup>128</sup>, Fingerprinting<sup>129</sup> und Watermarking-Technologien<sup>130</sup>, die bereits verfügbar sind und geschützte Werke identifizierbar machen. Eine Möglichkeit, die bereits bei der Verhinderung von Rechtsverletzungen ansetzt, besteht in der Filterung von Inhalten auf dieser technischen Grundlage<sup>131</sup>.

Die Implementation setzt die Kooperation von technischen Dienstleistern, insbesondere den Access-Providern voraus (siehe dazu unten). Außerdem können hier entgegenstehende Rechte betroffen sein, etwa das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>132</sup>. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses, der gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung spezieller ist, umfasst auch die Kommunikation durch Computernetzwerke. Darunter fallen vor allem die Inhalte der Kommunikation, aber auch die näheren Umstände des Fernmeldeverhältnisses. Aus der Schutzdimension des Art. 10 GG ergibt sich ein Schutzauftrag des Staates gegenüber Grundrechtsträgern vor den Übergriffen nichtstaatlicher Dritter. Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses umfasst die Kenntnisaufnahme und Unterdrückung der Nachrichten, auch wenn diese automatisiert erfolgt. Eingriffe müssen verhältnismäßig, also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

## *b) Kontrolle und Sanktion*

### *(1) Kontrollverbesserung*

Die Rechtsdurchsetzung könnte möglicherweise dadurch verbessert werden, dass der Auskunftsanspruch des Rechteinhabers gestärkt wird. Helfen könnte insoweit bereits eine Präzisierung unbestimmter Tatbestandsmerkmale. So könnte definiert werden, wann ein gewerbliches Ausmaß im Sinne des § 101 Abs. 2 UrhG vorliegt. Problematisch ist, dass beim Download wegen der Vergabe dynamischer IP-Adressen regelmäßig nur wenige oder gar nur eine einzige Rechtsverletzung nachweisbar ist und damit kein gewerbliches Ausmaß i. S. d. § 101 Abs. 2 UrhG erreicht wird.

Zudem wurde als ein Vorschlag in der Innovationswerkstatt diskutiert, vor der Diskussion um weitere Novellen im Bereich Enforcement die zuletzt implementierte<sup>133</sup> empirisch zu evaluieren.

### *(2) Sanktionen*

#### *(a) Doppelte Lizenzgebühr*

Möglicherweise ist es nicht ausreichend, dass dem Verletzer im schlimmsten Falle bei einer Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie nur derjenige Verlust droht, den er auch bei rechtskonformem Verhalten als Lizenzgebühr aufwenden müsste. Möglicherweise müsste

<sup>128</sup> Dazu Wandtke/Ohst, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Auflage 2008, § 95c Rn. 9.

<sup>129</sup> Vgl. Wandtke/Ohst, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Auflage 2008, § 95c Rn. 10.

<sup>130</sup> Federrath, Multimediale Inhalte und technischer Urheberrechtsschutz im Internet, ZUM 2000, 804 (808); Briem, Elektronische Lizenzierung von urheberrechtlich geschützten Werken, MMR 1999, 256 (258).

<sup>131</sup> Dazu Schnabel, Böse Zensur, gute Filter? – Urheberrechtliche Filterpflichten für Access-Provider, MMR 2008, 281.

<sup>132</sup> Schnabel, MMR 2008, 281 (283).

<sup>133</sup> Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BGBl. I S. 1191.

entsprechend der für die GEMA anerkannten doppelten Lizenzgebühr auch bei individueller Rechtsdurchsetzung über die einfache Lizenzgebühr hinausgegangen werden<sup>134</sup>. Das wäre freilich ein Bruch mit dem bestehenden Ausgleichscharakter des deutschen Schadenersatzrechts und liefe auf die Einführung eines Strafschadenersatzes hinaus<sup>135</sup>.

(b) „Three Strikes Out“

Das französische Hadopi<sup>136</sup>-Gesetz soll es ermöglichen, nach dem erfolglosen Versand von Warnhinweisen das illegale Herunterladen von Filmen, Musik oder Software mit einer bis zu einjährigen Internet-Sperre zu bestrafen. Möglich sollen im Wiederholungsfall auch Geld- und Gefängnisstrafen sein<sup>137</sup>. Der französische Vorstoß, der zunächst vom französischen Verfassungsgericht gestoppt worden war<sup>138</sup>, enthält nun zur Sicherung der Rechte der Nutzer die Regelung, dass die Internetsperre nur von einem Richter angeordnet werden kann. Damit wird bereits das Problem dieser Sanktionsform deutlich, nämlich dass sie in verfassungsrechtlich geschützte Rechte der Nutzer stark eingreift; die Novelle der Telekommunikations-Rahmenrichtlinie<sup>139</sup> der EU sieht daher auch vor, dass Mitgliedstaaten derartige Maßnahmen nur bei angemessener verfahrensmäßiger Sicherung der Rechte der Betroffenen vorsehen dürfen.

Großbritannien hat mit dem Digital Economy Act 2010 ein Gesetz zur effektiven Durchsetzung von Urheberrechten im Internet verabschiedet. Danach kann ein System der abgestuften Erwidern eingeführt werden. Nach mehreren fruchtlosen Warnhinweisen sollen technische Sanktionen von der Reduzierung der Zugangsgeschwindigkeit bis zu einer zeitweiligen Unterbrechung der Internetverbindung folgen<sup>140</sup>.

Ein Three-Strikes-Out-Modell träge auch andere Haushaltsangehörige des Rechtsverletzers, da sie zumindest mit dem technischen und finanziellen Aufwand belastet würden, sich nach der Sperrung des Anschlusses des Verletzers einen eigenen Anschluss zuzulegen. Ein solches Modell wirft – wie angemerkt – zudem zahlreiche verfassungsrechtliche Fragen auf, insbesondere im Hinblick auf die Informationsfreiheit. Die Sanktion muss dabei allerdings nicht immer im Abklemmen vom Netz bestehen, sondern bspw. auch Verlangsamung der Downloadgeschwindigkeit o.ä. beinhalten.

Das britische Modell ist für die strukturelle Betrachtung insofern interessant, als der Telekommunikations- und Medienregulierer OFCOM nach dem gesetzlichen Programm die Aufgabe hat, das Three-Strikes-System durch eine Richtlinie auszugestalten. Damit wächst die Urheberrechtsdurchsetzung aus dem reinen Zivilrecht zum Teil in den Bereich der Regulierung hinein.

---

<sup>134</sup> Dafür Bodewig/Wandtke, Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie, GRUR 2008, 220.

<sup>135</sup> Ablehnend daher HansOLG MMR 2010, 196 (197).

<sup>136</sup> Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

<sup>137</sup> Dazu Spies, MMR 2009, 437.

<sup>138</sup> Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

<sup>139</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 S. 33.

<sup>140</sup> Vgl. MMR-Aktuell 2010, 301813.

(c) Rolle des Strafrechts

Eine denkbare Option ist es, den Verfolgungsdruck im Bereich der strafbaren Verletzungen des Urheberrechts zu erhöhen.

(3) Durchsetzung

Die Durchsetzung von Rechtsverletzungen würde wesentlich vereinfacht, wenn die Rechteinhaber auf Daten der Nutzer zugreifen könnten, die Rechtsverletzungen begangen haben. Hier bedürfte es einer Rechtsgrundlage, die den Providern die Speicherung erlaubt und sie dazu zugleich verpflichtet. Freilich ist dabei ein angemessener Ausgleich zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu suchen.

*c) Anpassung sozialer Normen an die geltende Rechtslage*

(1) Aufklärungsmaßnahmen

Als ein Problem wird angesehen, dass mit der massenhaften Nutzung des Internet das Risiko steigt, durch schlichte Unkenntnis Rechte anderer zu verletzen. Zudem kann zwar die Rechtskenntnis vorhanden sein, aber die Akzeptanz der Regelungen aus Unkenntnis der Folgen (vgl. Brenner Studie „das Werk ist ja nicht weg“) leiden.

Jedenfalls in diesen Punkten kann zielgruppenspezifisch differenzierte (etwa gerade auch auf Kinder und Jugendliche zugeschnittene) <sup>141</sup> Ansprache als ein Baustein der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung hilfreich sein. <sup>142</sup>

(2) Warnhinweis als erste Stufe einer graduierten Erwiderung

Vor allem die Musikwirtschaft tritt dafür ein, den Verletzern von Urheberrechten zunächst einen Warnhinweis zu geben, damit sie ihr illegales Handeln ohne rechtliche oder finanzielle Konsequenzen einstellen können. Dazu wäre indes die Mitarbeit der Internet-Service-Provider erforderlich.

Ein solches Modell hätte den Vorteil, dass es an einer der vermutlich bedeutsamen Ursachen, dem mangelnden Unrechtsbewusstsein, ansetzt. Auch wären auf diese Weise die Eltern erreichbar, die meist keine Kenntnis von der Rechtsverletzung und der Rechtslage haben. Der Versand der Warnung könnte an die durch den Rechtsinhaber zu ermittelnde Rechtsverletzung anknüpfen, also an dasselbe Ereignis, das heute eine Abmahnung oder ein gerichtliches Verfahren auslöst. Die Provider wären dann nicht zusätzlich belastet. Ein Vorteil besteht darin, dass eine Warnung für die Betroffenen weniger intensiv wäre. Unklar ist allerdings, wie viel Wirkung sie entfaltet, wenn auch im Wiederholungsfalle keine Sanktion zu erwarten ist.

Gegen dieses Modell wird vorgebracht, Warnbriefe der Rechteinhaber unterschieden sich nicht wesentlich von Abmahnungen, jedoch sei es unzumutbar, die dadurch entstehenden Kosten zusätzlich zu dem bereits entstandenen Schaden den Rechteinhabern aufzubürden <sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Zu den wenigen Angeboten gehört das Informationsportal [irights.info](http://irights.info) sowie [www.respectcopyrights.de](http://www.respectcopyrights.de).

<sup>142</sup> Etwa Stellungnahme der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2006, 1012.

<sup>143</sup> Nümann/Mayer, Rechtfertigung und Kritik von Massenabmahnungen gegen Urheberrechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken, ZUM 2010, 321 (329).

Die betroffenen Rechtsinhaber könnten freilich bereits nach der derzeitigen Rechtslage anstelle von Abmahnungen die vorgeschlagenen Warnungen aussprechen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sie an die Daten der Verletzer gelangen.

### (3) Begrenzung der Abmahnkosten

Der Akzeptanzverlust des Urheberrechts könnte auch daraus resultieren, dass die Folgen einer Rechtsverletzung als unangemessen erachtet werden. Um die „moralische Anerkennung“ zu erhöhen, könnten die Abmahnkosten begrenzt werden.

Die Problematik hoher Abmahnkosten wird häufig vor allem mit zum Teil überhöhten Gegenstandswerten begründet. Dies könnte dafür sprechen, dass die Gerichte auch bei urheberrechtlichen Streitigkeiten entsprechend § 12 Abs. 4 UWG bei der Bemessung des Streitwerts wertmindernd berücksichtigen, wenn die Sache nach Art und Umfang einfach gelagert ist oder wenn die Belastung einer der Parteien mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint<sup>144</sup>.

Allerdings erscheint der Ansatz, den § 97a Abs. 2 UrhG verfolgt, überzeugender. Für den Adressaten ist eine Begrenzung der Abmahngebühr weniger belastend als der Weg über eine Begrenzung des Streitwertes. Dieser hätte zwar im Ergebnis ebenso geringere Kosten zur Folge, indes müsste der Streitwert wohl letztlich erst durch die Gerichte bestimmt werden. Ein derartiges staatliches Verfahren dürfte aus Sicht des Betroffenen kaum dazu beitragen, die Folgen eines Verstoßes als angemessen zu erachten und somit die Akzeptanz der Reichweite fremder Ausschließlichkeitsrechte zu erhöhen. Hier besteht die Möglichkeit, die unbestimmten Tatbestandsmerkmale zu präzisieren und etwa zu definieren, wann eine nur einfach gelagerte Rechtsverletzung i. S. d. § 97a Abs. 2 UrhG gegeben ist.

### d) *Anpassung des Rechts an die Realität*

#### (1) Anpassung unter Wahrung der Vergütungsansprüche: Einführung einer Kulturfltrate

Eine Option kann es sein, die massenhafte illegale Nutzung – zumindest teilweise – zu legalisieren oder jedenfalls zu akzeptieren, die Rechteinhaber aber von dieser Nutzung jedenfalls finanziell profitieren zu lassen. Die Idee einer pauschalen Vergütung wird unter dem Stichwort „Kulturfltrate“ diskutiert<sup>145</sup>.

Einer Studie des Bitkom zufolge wären 26 Prozent der Befragten Internetnutzer mit einer monatlichen Pauschale für alle kulturellen Inhalte im Internet bei freier Verfügbarkeit von ein bis zehn Euro einverstanden<sup>146</sup>. Sofern die Rechte mangels ausreichender Kontrollmöglichkeit nicht effektiv durchgesetzt werden können, wären auch die entsprechenden gesetzlichen Verbote überflüssig. Die Einnahmeausfälle könnten dann durch die Kulturfltrate ausgeglichen werden. Eine Kulturfltrate ließe sich über eine neue Schranke einführen, die jede private Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke ohne Einwilligung des Urhebers freistellt und dafür einen Vergütungsanspruch einführt. Problematisch ist allerdings, dass die Schrankenbe-

---

<sup>144</sup> Dreier, in: Dreier/Schulz, UrhG, 3. Aufl., München 2008, § 97a Rn. 2.

<sup>145</sup> Dazu etwa Institut für Europäisches Medienrecht, Die Zulässigkeit einer Kulturfltrate nach nationalem und europäischem Recht, Kurzgutachten, abrufbar unter [http://www.gruene-bundestag.de/cms/netzpolitik/dokbin/278/278059.kurzgutachten\\_zur\\_kulturfltrate.pdf](http://www.gruene-bundestag.de/cms/netzpolitik/dokbin/278/278059.kurzgutachten_zur_kulturfltrate.pdf).

<sup>146</sup> Presseinformation vom 26. April 2010, abrufbar unter [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM\\_Presseinfo\\_Kulturinhalte\\_Web\\_26\\_04\\_2010.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Presseinfo_Kulturinhalte_Web_26_04_2010.pdf)

stimmungen europarechtlich determiniert sind und daher kurzfristig keine Gesetzesänderungen zu erreichen sind. Daneben könnten sich dann gleichwohl kommerzielle Geschäftsmodelle entwickeln, die dem Nutzer zusätzliche Dienste im Zusammenhang mit den freien Werken anbieten.

Die Bezugsberechtigung an den Erlösen der Kulturflatrate könnte über die anonym mögliche stichprobenartige Zählung der Werknutzung mittels deren Hash-Werten erfolgen. Der HashWert einer Datei ist eine zahlenmäßige Repräsentation der Datei im hexadezimalen Format, mit dem die Datei, vergleichbar dem menschlichen Fingerabdruck, unabhängig von der gewählten Dateibezeichnung eindeutig identifiziert werden kann. Sehr schwierig wäre allerdings zu beurteilen, wie die einzelnen Werkarten und Werke bei der Verteilung zu gewichten sind.

Ein solches Modell setzt überdies ein international abgestimmtes Vorgehen voraus, damit nicht ausländische Filesharer mittels deutscher IP auch davon profitieren<sup>147</sup>.

Die Idee einer Kulturflatrate traf in Expertengesprächen bei Vertretern von Rechteinhabern fast durchweg auf Ablehnung. Ein Grund liegt darin, dass den Urhebern und Rechteinhabern die Autonomie über ihre Werke weitgehend genommen wird. Individuelle Verwertungsformen wären ihrer Auffassung nach kaum mehr möglich. Das könnte sich nachteilig auf Nischenprodukte auswirken<sup>148</sup>. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die regionale Kultur verarmt, da bereits refinanzierte US-Ware den Markt dominieren könnte. Allerdings wurde auch darauf hingewiesen, dass der Erfolg des von Apple angebotenen Dienstes iTunes trotz massenhafter illegaler Angebote zeige, dass entgeltliche Nutzung trotz kostenfreier Alternativen möglich ist, etwa wenn Zusatznutzen und „Convenience“ geboten werden.

## (2) Abschaffung bestimmter Ausschließlichkeitsrechte / Ausweitung der Schranken

Weitergehende Überlegungen gehen dahin, bestimmte Ausschließlichkeitsrechte vollständig abzuschaffen. Technische Entwicklungen geben Anlass dazu, den Umfang des urheberrechtlichen Schutzes regelmäßig neu zu überdenken. So sei etwa der leistungsrechtliche Schutz einfacher Lichtbilder kaum noch zeitgemäß, denn er erfasse auch banale Schnappschüsse<sup>149</sup>.

Einen weiteren gangbaren Weg hat möglicherweise die Rechtsprechung vorgezeichnet, die in jüngerer Zeit Schranken weniger restriktiv ausgelegt und Analogien zugunsten der Nutzer anerkannt hat<sup>150</sup>.

Eine größere Flexibilität zur Anpassung der Schrankenbestimmungen an neue technische Entwicklungen böte auch ein fair-use-Modell nach angloamerikanischem Vorbild, nach dem die Nutzung von geschütztem Material zulässig ist, sofern sie der öffentlichen Bildung und der Anregung geistiger Produktion dient. Freilich ist die Schrankensystematik des deutschen Urheberrechtsgesetzes weitgehend aufgrund europäischer Vorgaben determiniert, so dass grundlegende Änderungen auf nationaler Ebene kaum möglich sind.

<sup>147</sup> Nümann/Mayer, ZUM 2010, 321 (330).

<sup>148</sup> Nümann/Mayer, ZUM 2010, 321 (330).

<sup>149</sup> Diskussionspapier des Justizsenators Dr. Steffen „Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts“, S. 13.

<sup>150</sup> Etwa BGHZ 141, 13 – Kopienversanddienst; BGHZ 151, 301 – Elektronischer Pressespiegel.

## 2. Verhältnis Rechteinhaber – Ersteller / Verbreiter illegaler Inhalte

Eine Option besteht in einer differenzierten Rechtsdurchsetzung in Abhängigkeit vom Grad des Beitrags zur rechtswidrigen Nutzung. So könnte etwa jemand, der Raubkopien erstellt oder verbreitet, stärker in die Verantwortung genommen werden als jemand, der die illegalen Inhalte „nur“ nutzt. Eine Verbesserung durch Aufklärung dürfte bei dem erstgenannten Personenkreis dagegen weniger Erfolg versprechen.

## 3. Verhältnis Rechteinhaber – Provider

Die Diskussion konzentriert sich nachvollziehbarer Weise stark auf die Rolle, die technische Mittler wie die Accessprovider, die den Zugang zum Internet zur Verfügung stellen, im Bereich der Bekämpfung illegaler Nutzung haben.

Hier sind selbst innerhalb der europäischen Union, in der im Hinblick auf die Haftung über die E-Commerce-Richtlinie ein einheitlicher Rechtsrahmen zur Verfügung steht, die Politiken durchaus unterschiedlich. Während etwa in Frankreich oder dem Vereinigten Königreich eine Tendenz erkennbar ist, beim Zugangsvermittler anzusetzen, wenn es um die Bekämpfung illegaler Benutzung geht, ist in anderen Ländern – ein Beispiel hierfür sind etwa die Niederlande – das Grundkonzept, dass der Access-Provider als neutraler Vermittler angesehen wird, dessen rechtlich erzwungene Unterstützung nur im Ausnahmefall eingefordert werden kann. Andere Staaten – etwa Deutschland und Österreich – haben in ihrer Rechtsprechung eine differenzierte Konzeption entwickelt, die hier nicht im Einzelnen entfaltet werden kann.

Als Argumente für ein Ansetzen am Access-Provider werden unterschiedliche Punkte vorgebracht, etwa dass der Datenverkehr, von dem die Provider leben, jedenfalls in Nachtzeiten überwiegend aus illegalen Transaktionen besteht und insofern die Provider davon profitieren.<sup>151</sup> Das zentrale Argument scheint allerdings ein pragmatisches zu sein: Der Ansatz am Access-Provider mit seiner Beziehung zum Endkunden ist von seinen technischen und rechtlichen Möglichkeiten her der einfachste Weg, das Ziel zu erreichen, möglicherweise sogar für bestimmte Konzepte wie etwa der Filterung oder der Warnung an den Endnutzer der einzig mögliche Weg.

Lösungen, die am Access-Provider ansetzen, können dessen Interesse in ganz unterschiedlicher Hinsicht beeinträchtigen, dies ist bei Lösungen an dieser Stellschraube zu beachten. Dies ist keineswegs nur, dass technische Infrastruktur und damit Kosten eine Rolle spielen, es geht auch um mögliche Beeinträchtigungen der Service-Qualität – etwa wenn bestimmte Technologien den Datenfluss verlangsamen – darüber hinaus geht es allerdings auch um mögliche Beeinträchtigungen im Vertragsverhältnis zum Endnutzer, wenn der Access-Provider als „Erfüllungsgehilfe“ des Rechteinhabers oder als „Hilfssheriff“ staatlicher Stellen agiert.

Soweit Access Provider in ein System der Optimierung der Rechtsdurchsetzung einbezogen werden sollen – sei es, indem sie Sanktionen wie das Abklemmen vom Internet ausführen, sei es, dass sie „nur“ Warnungen an rechtsbrüchige Nutzer versenden – stellt sich die Frage, wie ihre Kooperationsbereitschaft gewonnen werden kann. Dass es bislang nicht zu freiwilligen Vereinbarungen gekommen ist, kann nach einer Analyse der Entscheidungssituation nicht überraschen. Da es Kosten verursacht und dem Image beim Nutzer schaden kann,

---

<sup>151</sup> Ipoque Internetstudie 2009.

werden Provider nur kooperieren, wenn sich keiner einen Vorteil verschaffen kann, indem er nicht kooperiert (es sei denn, die Anreize etwa durch sicheren Schutz vor rechtlicher Inanspruchnahme bei Kooperation sind groß). Insofern scheint dieser Weg jedenfalls eine staatliche Moderation oder sogar eine rechtliche Basis zu benötigen (Elemente der Ko-Regulierung).

#### *a) Verhinderung von Rechtsverletzungen*

Die Verhinderung von Rechtsverletzungen durch die Provider scheitert wohl an der mangelnden technischen Realisierbarkeit einer lückenlosen Filterung rechtswidriger Inhalte. Zudem stellt sich die Problematik, dass von einer Filterung auch rechtmäßige Inhalte erfasst werden könnten<sup>152</sup>.

#### *b) Kontrolle und Sanktion*

##### *(1) Kontrolle*

Wesentliche Verbesserungen sind im Bereich der Rechtsdurchsetzung zu erzielen, wenn eine Rechtsgrundlage für die Provider zur Speicherung der Daten von denjenigen Nutzern geschaffen würde, die Rechtsverletzungen begangen haben. Eine Speicherungspflicht könnte an eine begangene Rechtsverletzung anknüpfen und für einen gewissen Zeitraum bestehen („Quick-Freeze“), so dass eine flächendeckende Speicherung nicht erforderlich wäre. Es ist für Provider möglich und zumutbar, wenigstens solche Identifikationsmöglichkeiten der hochladenden Nutzer in ihrem Dienstangebot vorzusehen, dass eine Identifikation von Wiederholungsfällen erfolgen kann<sup>153</sup>.

Auch ist zu klären, unter welchen Bedingungen die Provider den Rechtsinhabern „auf Zuruf“ Auskunft über die Daten vermeintlicher Rechtsverletzer zu erteilen haben.

##### *(2) Sanktionen*

Für die Rechtsdurchsetzung erweist sich die mangelnde Identifizierbarkeit der Nutzer im Netz als zentrales Hindernis. Die Anonymität der Kommunikation kann allerdings als Voraussetzung für gesellschaftliche Diskurse trotz damit verbundener Risiken schützenswert sein. Viele sehen Anonymität als ein Wesensmerkmal des Internet an. Jedenfalls wird durch Offenbarungen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt. Soweit es jedoch gelingt, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Datenschutz der Nutzer und den Rechten der Urheber zu schaffen, könnte dies einen wesentlichen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung leisten.

Vor diesem Hintergrund scheint ein Konzept mit zwei nebeneinander bestehenden Modellen der Haftung diskussionswürdig. Will ein Provider die Anonymität seiner Nutzer nicht aufgeben, käme eine verschärfte Eigenhaftung in Betracht. Verschafft er dem Rechteinhaber die Möglichkeit, sich direkt an den Verletzer zu wenden, scheidet seine Haftung aus.

Im Sinne einer Sammlung der Optionen ist auch denkbar, die Verantwortlichkeit der Access-Provider zu verschärfen, damit diese dann zur Durchsetzung der Rechte gegenüber den

<sup>152</sup> Schnabel, Böse Zensur, gute Filter? – Urheberrechtliche Filterpflichten für Access-Provider, MMR 2008, 281 (282); Redeker, Internetprovider zwischen Störerhaftung und Vertragspflichten, ITRB 2008, 227.

<sup>153</sup> Vgl. HansOLG ZUM 2010, 440, 449 – Rapid Share II.



Nutzern angehalten werden. Dies könnte durch ein Three-Strikes-Verfahren auf vertraglicher Basis zwischen Provider und Nutzer geschehen, das nicht derartigen verfassungsrechtlichen Bedenken wie im Verhältnis zwischen Staat und Nutzer ausgesetzt wäre.

Möglicherweise wäre hierbei die Verkehrssicherungspflicht ein argumentativer Ansatz. Wer ein bestimmtes Geschäftsmodell betreibt, muss mit der Rechtsordnung in Einklang stehen, sonst droht der Entzug der Geschäftserlaubnis. Ein Problem bestünde dann freilich darin, dass viele Server im Ausland betrieben werden.

## VII. FAZIT

In diesem weiten Feld kann die Aufgabe des Analysepapiers nicht sein, einzelne Rechtsfragen vertieft darzustellen; es geht um Strukturierungen, um die Optionen, die der Gesetzgeber hat, einordnen zu können. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Analyse können folgende Überlegungen als aktueller Erkenntnisstand der Innovationswerkstatt festgehalten werden.

(1) Das technische Medium Internet kann die Phänomene der Werkerstellung und Werknutzung so verändern, dass ein sehr grundlegendes Nachdenken über die Strukturen des Urheberrechts erforderlich ist, das Problem also nicht als schlichtes Vollzugsproblem thematisiert werden kann. Allerdings sind die Grenzen des Urheberrechts hier nur bei spezifischen Formen der Werkerstellung – etwa der echten kollaborativen Erstellung von Werken – evident, für andere Bereiche wäre noch der Nachweis zu erbringen, dass die traditionelle Vorstellung von der Werkschöpfung und der Zuordnung des Werkes zum Urheber in ideeller und materieller Hinsicht und auf der anderen Seite die Zugangsinteressen Dritter und die Rolle der Nutzer vollständig neu definiert werden müssten.

(2) In der Wissensgesellschaft ist der Zugang zu Informationen von entscheidender Bedeutung für alle Lebensbereiche, dementsprechend ist das öffentliche Interesse an einfachem Informationszugang groß. Information an sich ist urheberrechtlich nicht geschützt, so dass sich im Prinzip kein Spannungsfeld zum Schutz geistigen Eigentums ergeben müsste; da allerdings häufig die Information nur durch Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes zugänglich ist, stellt sich faktisch dieses Problem. Erkennt der Gesetzgeber dieses stärkere gesellschaftliche Interesse an Informationszugang an, stärkt dies tendenziell – auch verfassungsrechtlich lässt sich dies begründen – das Interesse an Begrenzungen der Ausschließlichkeitsrechte des Eigentümers. Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass die Schranken des Urheberrechts zunehmend nicht als Ausnahmen von der Regel angesehen werden, die etwa wegen mangelnder Kontrollmöglichkeiten hinzunehmen sind, sondern dass sie ihrerseits Ausdruck von eigenständigen Rechten darstellen können. Der Streit um den Grund für die Anerkennung der Privatkopie kann hier als Anschauungsmaterial dienen, da sie (selbst die Begründungen zu den Änderungen des Urheberrechtsgesetzes schwanken hier) entweder als Ausnahme wegen mangelnder Verfolgbarkeit im engsten Familien- oder Freundeskreis angesehen wird, oder aber, andersherum als Ausdruck eines bestehenden Informationsrechtes.

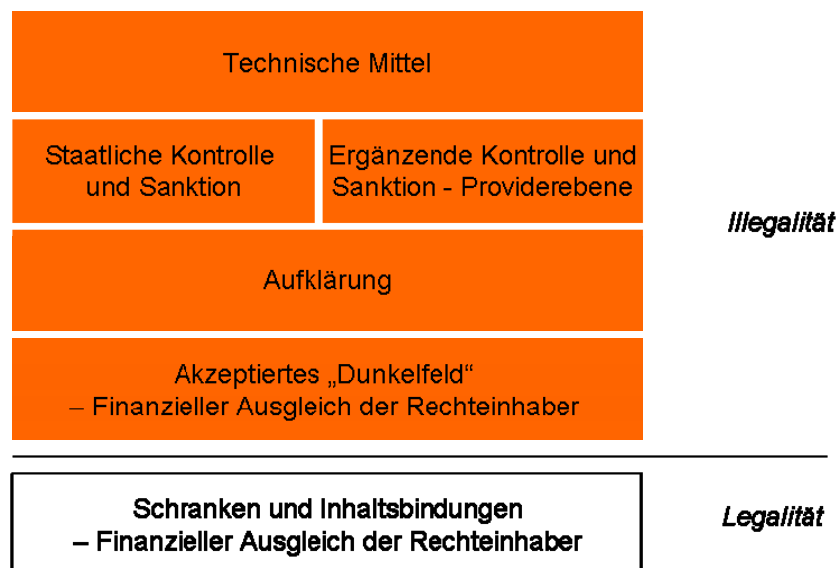
(3) Ob das Spannungsverhältnis zwischen Urheberrecht auf der einen Seite und diesen entgegenstehenden Rechten durch den – europarechtlich vorgegebenen – Schrankenkatalog angemessen abgebildet wird oder eine Annäherung an eine flexible „fair use doctrine“ nach

amerikanischem Vorbild hilfreich wäre, kann an dieser Stelle nicht diskutiert werden, ist aber weiteren Analyse Wert.

(4) Der Trend weg vom Filesharing hin zum Streaming ist nicht nur für mögliche Reaktionen bei der Rechtsdurchsetzung relevant. Die damit verbundenen Vorteile können dazu führen, dass sich insgesamt – also auch im Bereich legaler Geschäftsmodelle – die Werknutzung online so organisiert, dass dauerhafte auf Kopien verzichtet werden kann, sich also das Geschäftsmodell der Kreativwirtschaft tendenziell vom Handel mit digitalen Kopien zur Dienstleistung entwickelt. Damit sind Vorteile für die Rechteinhaber verbunden, da sie insoweit nicht auf Ausschließlichkeitsrechte und ihre Durchsetzung angewiesen sind, sondern unberechtigte Nutzer technisch ausschließen können. Die damit für das Urheberrecht verbundenen strukturellen Fragen sind einer vertieften Würdigung Wert.

(5) Die Untersuchung hat gezeigt, dass es im Hinblick auf die Bekämpfung illegaler Nutzung im Internet unterschiedliche Ansätze gibt, die die sich keineswegs gegenseitig ausschließen, sondern „modular“ einander ergänzen können. **Der Vorschlag geht dahin, differenziert nach Branchen, Nutzungsweisen, Risiken und auch Nutzergruppen zu prüfen, welche Bausteine zur Optimierung der Rechtsdurchsetzung bei Wahrung berechtigter Nutzerinteressen möglich sind.**

Abb. 5: Modulare Reaktionsmöglichkeit im Überblick



Einige Erläuterungen zu den Modulen sollen genügen:

- Die oben unter dem Stichwort Anpassung des Rechts an die Realität diskutierte Ausweitung von Schranken und Inhaltsbindungen des Urheberrechts ist für Rechteinhaber naturgemäß keine attraktive Option. Sie kann allerdings dort, wo wirksame Kontrolle strukturell begrenzt erscheint oder der Gesetzgeber im Rahmen seines Ausgestaltungsspielraums entgegenstehende Rechte stärkt, jedenfalls dann für sie vorteilhaft sein, wenn damit das Primat des autonomen Austausches der Kreativgüter erhalten bleibt, die Rechteinhaber also weitgehend die Möglichkeit zum Handeln mit den Gütern behalten. Nicht als „globale“ Lösung des Enforcement-Problems, aber für Teilbereiche bzw. als Ergänzung sollte es dis-

kussionsfähig sein, zumal es im Gegensatz zur derzeitigen Situation eine Erosion der sozialen Regeln in diesem Bereich verhindert.

- Letzteres ist wiederum ein Nachteil des akzeptierten (nicht unbedingt tolerierten) Dunkelfeldes. Denkbar ist auch, bestimmte Bereiche zu definieren, bei denen eine Rechtsdurchsetzung nicht oder nur unter prohibitiv hohen Kosten (auch im Sinne von Freiheitseinbußen) möglich ist. Eine Pauschalvergütung kann jedenfalls ökonomisch zum Teil als finanzieller Ausgleich dafür gesehen werden.
- Was die Akzeptanz der rechtlichen Regelungen und Motive der Nutzung angeht, ist die Datenlage eher schwach. Es zeigt sich allerdings, dass viele illegal Werke nutzen, obwohl sie die Normen grundsätzlich anerkennen. Hier scheint Aufklärung sinnvoll, für die zielgruppengerecht (etwa speziell für Kinder und Jugendliche) bislang kaum Angebote vorliegen bzw. bestehende Angebote nicht genutzt werden. Zudem zeigt sich ein interessanter Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Industrie – etwa was als fair empfundene Geschäftsmodelle angeht – und der Anerkennung sozialer Regeln, die geistiges Eigentum schützen.
- Im Bereich von Kontrolle und Sanktion ist zunächst festzustellen, dass es wenig aussichtsreich erscheint, die Verbesserung der Durchsetzung systematisch unter Nutzung des Strafrechts zu verbessern. Der vor dem Auskunftsanspruch gängige „Umweg“, über das Strafrecht zu den Nutzerdaten zu gelangen, zeigte, dass hier jedenfalls in hohem Maße öffentliche Ressourcen beansprucht wurden, die für die Verfolgung jedenfalls nicht weniger schützenswerter Rechtsgüter verloren gehen. Die Möglichkeit, Sanktionen in Form vom Abklemmen vom Internet vorzusehen, wie durch die jüngst verabschiedeten Novellen in Großbritannien und Frankreich ermöglicht (Stichwort „Three Strikes Out“), stellt hohe Anforderungen an eine verfassungs- und europarechtskonforme Gestaltung.
- Der Staat wird also vor allem dadurch das Enforcement verstärken können, dass er Rechteinhabern wirksame Mittel zur Rechtsverfolgung zur Verfügung stellt. Diesem Zweck galten bereits Reformen im ersten und zweiten Korb wie etwa der Auskunftsanspruch gegenüber Providern. Es ist zu empfehlen, diese empirisch zu evaluieren, um auf dieser Grundlage über Optimierungen nachzudenken.
- Im Hinblick auf eine Rechtsdurchsetzung effektiv ist ohne Zweifel ein Ansetzen am Access-Provider, wie etwa bei „Three Strikes Out“, das allerdings auch ohne Sanktion etwa mit Warnungen an die Nutzer denkbar ist. Auch wenn plausibel argumentiert werden kann, dass sie (abhängig vom Geschäftsmodell) von illegalen Aktivitäten profitieren, stehen sie nicht im Lager illegaler Nutzer, so dass ihre Einbeziehung in ein System der Rechtsdurchsetzung im Wesentlichen den Grund hätte, dass sie wirksam eingreifen können.
- Da nicht kooperierende Provider Vorteile haben können, ist eine rein freiwillige, selbstregulative Lösung unwahrscheinlich. Jedenfalls wäre eine staatliche Moderation des Prozesses zu erwägen, auch Elemente der Ko-Regulierung könnten sinnvoll sein, etwa um kooperierenden Providern durch Haftungsprivilegien Anreize zur Kooperation zu verschaffen.
- Für die Rechtsdurchsetzung erweist sich die mangelnde Identifizierbarkeit der Nutzer im Netz als zentrales Hindernis. Anonymität oder Kommunikation kann allerdings als Voraussetzung für gesellschaftliche Diskurse trotz damit verbundener Risiken schützenswert sein, ganz abgesehen vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer. Vor diesem Hintergrund scheint ein Konzept mit zwei nebeneinander bestehenden Modellen

der Haftung diskussionswürdig. Will ein Provider die Anonymität seiner Nutzer nicht aufgeben, käme eine verschärfte Eigenhaftung in Betracht. Verschafft er dem Rechteinhaber die Möglichkeit, sich direkt an den Verletzer zu wenden, scheidet seine Haftung aus.

- Zu den Königswegen scheint der Einsatz technischer Maßnahmen zu gehören, die die Weiterverbreitung auf Basis unberechtigt erzeugter Vervielfältigungsstücke unterbinden. Sie werden bereits erfolgreich eingesetzt. Gelingt eine Konstruktion, die vor allem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Fernmeldegeheimnis wahrt, ist hier wiederum das Hauptproblem für einen flächendeckenden Einsatz, die Kooperation der Internet-Provider zu erreichen. Insofern kann auf das vorher Gesagte verwiesen werden.

Insgesamt zeigt sich, dass das Urheberrecht auf dem Weg ist, ein Teil der Governance-Struktur der Wissensgesellschaft zu werden, der nur gesamthaft – etwa unter Beachtung des Haftungsregimes für Provider und der Regeln zur Anonymität im Netz sachgerecht geregelt werden kann.

## ANHANG: ÜBERBLICK ÜBER AKTUELLE STUDIEN

GfK, Brennerstudie, 2010

Business Software Alliance/ International Data Corporation, 09 Piracy Study, 2010

TERA Consultants, Aufbau einer digitalen Wirtschaft : die Bedeutung der Sicherung von Arbeitsplätzen in der Kreativwirtschaft der Europäischen Union, 2010

OECD, Piracy of Digital Content, 2009

Point Topic, Germany Broadband Overview / World Broadband Statistic Report, 2009

ZGR, Gewerblicher Rechtsschutz, 2009

Futuresource Consulting, Living with Digital: Consumer Insights into Entertainment Consumption, 2009

Ipoque, Internet Study 2008/2009, 2009

BITKOM, Online-Filmkauf, 2009

Ipoque, Copyright Protection in the Internet, 2009

Felix Oberholzer-Gee, Koleman Strumpf, File-Sharing and Copyright, 2009

Netzwelt.de, werben & verkaufen, Musikwoche, Digital music facts 2008, 2008

IDC, The economic benefits of lowering PC software Piracy, 2008

P4M, Available for Download, 2008

Giant Steps Media Technology, Content Identification Technologies – Business Benefits for Content, 2008

Jörg Müller-Lietzkow, Hulu – Episodic Viewing: Wie hulu.com Serienfans begeistert und Ökonomen verwirrt, 2008